J. tom m.
77r

Burckhard

22 Nr

# Die

# Civilistischen Präsumtionen.

Von

Dr. Hugo Burckhard,
Privatdocenten an der Universität Jena.

Weimar, 1866.
Landes-Industrie-Comptoir.

Herrn Geheimen Justizrath

Professor Dr. Leist

ein Zeichen

der

**Verehrung.**

# Vorrede.

Vorreden entstehen gewöhnlich erst nach Vollendung des Werkes, welches sie einführen sollen. Hätte ich dieses Vorwort vorher geschrieben, so würde es wahrscheinlich mit einem höhern Gefühl der Zuversicht geschehen sein. Denn ich bin mit dem Bewußtsein an die Arbeit gegangen, daß in dieser Materie viel zu thun, viel aufzuräumen, viel neu zu bauen sei. Die Sicherheit, ein günstiges Thema für die erste größere Arbeit gewählt zu haben, erfüllte mich und gab mir den Muth, die Schwierigkeiten, welche ich ahnte, nicht zu scheuen. Aber, ich leugne es nicht, im Verlauf der Arbeit ist mir dieser Muth zuweilen gesunken, ich habe gezweifelt, ob die Aufgabe, an welcher so Viele gescheitert sind, gelöst werden, ob ich die Fülle des Materials in den einer Monographie gesetzten Schranken bewältigen könne, ob das Gewicht mühevoller Studien in einem annähernden Verhältniß zu dem für die Wissenschaft und insbesondere für die Lehre von den Präsumtionen Erreichten stehe. Jetzt, wo ich das äußerlich vollendete Werk dem juristischen

Publicum vorzulegen im Begriff bin, glaube ich wenigstens hoffen zu dürfen, daß, wenn auch die Ausführung hinter dem Vorsatz zurückgeblieben sein sollte, die Arbeit und Mühe doch eine nicht ganz nutzlose gewesen sei.

Jena, im Mai 1866.

# Inhaltsverzeichniß.

simile cogitatum est. Interpretationsregeln. Mangelhafte Willenserklärung. Es fehlt an dem Erforderniß der Willensäußerung oder an den Erkenntnißmitteln des Willens hinsichtlich wesentlicher Punkte: dann ist das Beabsichtigte rechtlich nicht existent, durch Interpretation kann nicht geholfen werden. §. 28. S. 249.

b. Im Bezug auf stillschweigende Willenserklärung. Begriff der stillschweigenden Erklärung. Wahre stillschweigende Erklärung, wenn der Schluß von der Handlung auf den Willen ein nothwendiger ist, im Gegensatz zur wahrscheinlichen vermutheten stillschweigenden Erklärung. §. 29. S. 270.

2. Verhältniß der Willenspräsumtion zur Interpretation. Wann ist eine im corpus iuris enthaltene Interpretation eines concreten Falls als Rechtssatz aufzufassen? — Rechtssätze, wonach ein Wille als rechtlich existent und wirksam angenommen wird, ohne daß eine Erklärung dieses Willens vorliegt, enthalten nicht eine Interpretation, sondern eine Präsumtion. Ademtio legati wegen Todfeindschaft; substitutio vulgaris und pupillaris tacita; l. 102. de C. et D. 35. 1. Materielle Präsumtionen. Durch die Präsumtion wird das Vorhandensein des Willens ohne Beweis angenommen und zugleich die Erklärung des Willens ersetzt. Dazu ist gesetzliche Sanction erforderlich. Keine Präsumtion für testamentum correspectivum. „Jemand würde gewollt haben, wenn er gewußt hätte.“ Legatum rei alienae. — Präsumtion als Rechtssatz, wonach eine Erklärung als einen bestimmten Willen enthaltend aufgefaßt wird, während die Erklärung mehrdeutig ist. Processualische Präsumtionen. — Unterschied von Interpretation. Beispiele. — Qui tacet, consentire videtur? — Consensus fictus und praesumtus. §. 30. S. 277.

Viertes Capitel. Wirkungen.

1. Im Allgemeinen. Praesumtiones hominis; legislatorische Vermuthungen; Beweislastpräsumtionen; Rechtsinhaltspräsumtionen. — Civilistische Präsumtionen i. e. S. Praesumtio durius onerat actorem probatione. — Befreiung von der Beweislast oder Beweis? Beweismittel, Beweisgrund, Beweissurrogat? Aeltere Schriftsteller. Neuere Schriftsteller. Befreiung von der Beweislast oder Erleichterung derselben? Bedeutung dieser Frage. §. 31. S. 311.

2. Vom Gegenbeweis insbesondere. Die Stellung der Parteien wird durch eine solche Präsumtion nicht verändert. Der Kläger bleibt der eigentlich Beweispflichtige, aber der präsumirte Umstand gilt als bewiesen. — Strafen des böslichen Leugnens? — Gegenbeweis nicht gegen die Richtigkeit des Rechtssatzes, gegen die Vermuthuug in thesi. Gegenbeweis gegen die Voraussetzungen der Präsumtion.

# Quellenregister.

## Institutionen.



## Digesten.

**Codex.**

**Novellen.**



**Decretum Gratiani.**

### Decretales Gregorii IX.

Liber X.



Liber sextus.

# Erster Abschnitt.

## Dogmengeschichtliche Uebersicht.

### §. 1.

### Einleitung.

Die Lehre von den Präsumtionen wird heutzutage, seitdem überhaupt eine solche Scheidung der verschiedenen Disciplinen stattgefunden hat, theils von den Civilisten, theils von den Proceßualisten behandelt, und zwar bei der Lehre vom Beweis, die ja selbst nicht weniger dem materiellen Recht als dem Proceßrecht angehört. Bei derartigen Thematen, die auf der Grenze zweier Gebiete stehn und vermöge dieser Stellung zur Berücksichtigung von beiden Seiten auffordern, liegt die Gefahr des Zuviel oder des Zuwenig, eben in Bezug auf diese Berücksichtigung, nahe; entweder wird auf die Bearbeitung eine überflüßige Mühe von beiden Seiten verwandt, indem dasselbe Resultat auf denselben Wegen erzielt wird; oder die ganze Frage wird von beiden Theilen nur in den Grundzügen erörtert und oberflächlich berührt, das tiefere Eingehen aber von jedem den Vertretern des andern Fachs überwiesen, bezüglich überlassen, und dadurch das Resultat des gänzlichen Unterbleibens einer gründlichen Behandlung herbeigeführt. Daß letzteres besonders dann leicht eintritt, wenn die betreffende Lehre zu den themata ingrata gehört, ist begreiflich; daß die Lehre von den Präsumtionen eins dieser Themata ist, wird ersichtlich bei einem Blick in die neuern Pandecten- und Proceßcompendien; daß sie in der That Anspruch hat auf dieses Prädicat, dafür geben schon einen Anhalt die älteren, diesen Gegenstand behandelnden Schriftsteller, die ihr Werk beginnen oder endigen mit einem Klagelied über die Schwierigkeit der

Materie, mit Anrufung des göttlichen Beistandes in Erkenntniß der menschlichen Schwäche gegenüber der Unermeßlichkeit dieses Gebiets — Klagen, die gewiß jeder unterschreiben wird, der sich eingehend mit diesem Gegenstand beschäftigt, ohne sich durch das bei den Aelteren öfter ausgesprochene Urtheil, daß es ein unglückliches und nutzloses Unternehmen sei, seine Mühe hierauf zu verwenden, abschrecken zu lassen.

Von Menochius († 1607), welcher der Vater dieser Lehre genannt wird, bis zum Anfang dieses Jahrhunderts ist viel über Vermuthungen geschrieben worden, theils im Zusammenhang mit der Lehre vom Beweis überhaupt, theils in Schriften, die diesen Gegenstand ex professo behandeln; in den beiden vorigen Jahrhunderten sind es vorzugsweise Dissertationen, die sich dieses Thema mit Vorliebe wählen. Seit den letzten fünfzig Jahren ist aber eine selbständige monographische Bearbeitung nicht versucht worden; von den Civilisten werden einige allgemeine Grundsätze über die Präsumtionen in den Pandecten-Compendien nur berührt, wo von der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte und dem Einfluß derselben auf das materielle Rechtsverhältniß die Rede ist, dabei einige Beispiele angeführt und hinsichtlich der übrigen Fälle auf die Darstellung bei den einzelnen Materien des Civilrechts verwiesen; die Proceßualisten verfahren, wenn auch etwas ausführlicher, im Ganzen ebenso in den Proceßcompendien, nur daß, da die Lehre vom Beweis öfter eine besondere Darstellung erfahren hat, bei dieser Gelegenheit auch die Präsumtionen in größerer Ausdehnung zum Gegenstand der Besprechung gemacht worden sind, wie dies, um nur einige anzuführen, geschehen ist von

Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. V. Abschnitt. 3. Ausgabe mit Zusätzen von Heffter;

Borst, Ueber die Beweislast im Civilproceß. IV. Abschnitt;

Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilproc., §§. 27 ff., 57 ff.;

Reinhold, Zeitschrift für Civilrecht und Proc. N. F. Bd. XIII. p. 1 ff., p. 157 ff., §. 23, 24;

Langenbeck, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. I. Abth. VIII. Abschnitt;
Endemann, Die Beweislehre des Civilproc., §§. 23—27.

Und doch verdient und bedarf, wie ich im Folgenden zu rechtfertigen hoffe, dieses Thema einer eingehenden monographischen Darstellung.

Um einen Boden zu gewinnen für die folgenden Untersuchungen, will ich zunächst einen Blick auf die gegenwärtige Gestalt dieser Lehre werfen. Und zwar sollen mir als Anhalt hierfür die neuern Compendien dienen, die ja das beste Zeugniß dafür enthalten, in wie weit eine Ansicht in der Wissenschaft sich Bahn gebrochen hat.

## §. 2.

## Heutige Gestalt der Lehre.

Die Veranlassung, von den Präsumtionen zu sprechen, finden die Compendien meist, wie schon erwähnt, bei der Lehre vom Beweis. Wer einen rechtlichen Anspruch gerichtlich geltend macht, muß, um damit durchzudringen, die zur Begründung dieses Anspruchs erforderlichen Thatsachen beweisen, d. h. er muß dem Richter die Ueberzeugung beibringen, daß die thatsächlichen Behauptungen, aus denen er sein Recht ableitet, wahr sind. Diese Verpflichtung zum Beweis liegt ihm jedoch nicht hinsichtlich aller relevanten Thatsachen ob, sondern nur hinsichtlich der vom Gegner bestrittenen. Aber auch das Leugnen des Gegners zwingt ihn nicht immer zur Beweisführung; er ist frei von der Beweislast, wenn eine Thatsache eine notorische oder eine solche ist, für welche eine Rechtsvermuthung streitet, unter Umständen auch infolge eines singulären Rechts oder zur Strafe eines widerrechtlichen Benehmens des Gegners [1]).

Oder es werden die Präsumtionen auch in anderem Zusammenhang, unter den Beweismitteln und Beweisgründen, erwähnt mit der Bemerkung, daß die Ueberzeugung des Richters erbracht werden

---

[1]) Cfr. z. B. Mühlenbruch, Pandecten I. §. 146. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts I. §. 53 (69). Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht I. §. 166. Puchta, Pandecten §. 97. Arndts Pandecten §. 114. Böcking, Pandecten I. §. 118.

könne durch Zeugen, Urkunden, Augenschein, Sachverständige, Eid und Präsumtionen [2]).

Diese Präsumtionen werden nun definirt als Schlußfolgerungen, welche aus einer unzweifelhaften Thatsache für oder gegen die Existenz einer zweifelhaften Thatsache abgeleitet werden [3]), öfter mit der Beschränkung, daß der Schluß von der feststehenden Thatsache auf die eigentlich darzuthuende, noch ungewisse, nicht eine logische Nothwendigkeit sein, also nicht zur Begründung absoluter Gewißheit hinreichen darf [4]), oder als die auf Wahrscheinlichkeit gegründete Annahme der Existenz einer Thatsache, als die auf Grund der Wahrscheinlichkeit ruhende Anerkennung der Richtigkeit einer Thatsache als Folge einer andern gewissen Thatsache [5]). Andere geben keine Begriffsbestimmung der Vermuthung im Allgemeinen, sondern begnügen sich, die verschiedenen Arten derselben anzuführen und dabei das Wesen und die Wirkungen einer jeden anzugeben [6]). Man unterscheidet nämlich nach der gewöhnlichen Lehre, die heutzutag noch als die herrschende bezeichnet werden kann, drei Arten der Präsumtionen mit verschiedener Bedeutung und Wirkung: praesumtiones iuris et de iure, wofür ein entsprechender deutscher Ausdruck noch nicht gefunden ist, praesumtiones iuris oder legis, Rechts- oder gesetzliche Vermuthungen, und praesumtiones hominis oder facti, auch simplices, was man wohl durch einfache richterliche oder factische Vermuthung wiedergiebt; oder auch mit etwas anderer Eintheilung: praes. hominis und praes. iuris, und diese entweder praes. iuris tantum, oder iuris et de iure. Eine solche letztere liegt dann vor, wenn ein Gesetz eine Thatsache aus einer andern zu folgern vorschreibt, in der Weise, daß jeder Gegenbeweis nicht nur gegen die Richtigkeit der Folgerung in abstracto, sondern auch gegen deren Zutreffen im concreten Fall ausge-

---

[2]) Cfr. z. E. Böcking a. a. O. Valett, Pand. I. §. 174. Windscheid, Pand. I. §. 133.

[3]) Cfr. Göschen, Windscheid a. a. O.

[4]) Cfr. Mühlenbruch a. a. O. Wetzell, System des ordentlichen Civilproc. §. 16.

[5]) Valett, Wening-Ingenheim a. a. O.

[6]) Puchta, Arndts a. a. O.

schlossen, daß geradezu das Bestreiten der vom Gesetz angenommenen Thatsache verboten ist; eine bloße praes. iuris hat die Wirkung, denjenigen, der sich darauf beruft, von der ihn nach den gewöhnlichen Grundsätzen treffenden Beweispflicht zu befreien, oder auch zu beweisen, und dies ist der Fall, wenn ein Gesetz einen solchen Schluß autorisirt und seine Anerkennung dem Richter vorschreibt, aber ohne dem Gegner das Recht, den Beweis des Gegentheils zu führen, zu entziehen; praes. hominis endlich ist die, welche einer ausdrücklichen Anerkennung in einem Gesetz ermangelt, die Annahme einer Thatsache, die sich auf bloße Wahrscheinlichkeit gründet, das bloße Resultat der richterlichen Reflexion; ihre Wirkung ist noch beschränkter als die der praes. iuris, sie hat nicht die Kraft, den, für den sie spricht, des Beweises zu überheben, sie beweist nicht vollständig.

Das ist in den Grundzügen die Lehre, wie sie noch in den neuesten Compendien vorgetragen wird. Auf die Abweichungen im Einzelnen und deren Tragweite war hier noch keine Rücksicht zu nehmen; ich werde später Gelegenheit haben, näher darauf einzugehen.

## §. 3.
## Mängel dieser Lehre.

Wenn man diese Darstellung der allgemeinen Grundsätze mit dem vergleicht, was dann gelegentlich bei den einzelnen Materien als Präsumtion bezeichnet wird, so wird man nicht nur finden, daß die verschiedenen Schriftsteller in ihren Ansichten vielfach von einander abweichen, indem der eine Schriftsteller da eine Präsumtion sieht, wo der andere sie verwirft, oder der eine da nur eine praes. hominis anerkennt, wo der andere von praes. iuris spricht, sondern man wird bei genauerer Prüfung auch wahrnehmen, daß die einzelnen Fälle der Präsumtionen, welche derselbe Schriftsteller aufstellt, sich gar nicht immer unter eine der angegebenen Rubriken unterbringen lassen, und daß namentlich die Grundsätze: praes. iuris befreit vom Beweise resp. gilt statt Beweises, praes. hominis überhebt nicht des Beweises, ist nicht voller Beweis, sondern wirkt nur unterstützend als Beweisgrund, durchaus nicht immer zureichend sind, um die Bedeutung einer angeführten

Präsumtion zu ermitteln und deren Wesen zu erschöpfen. Den Beleg für diese Behauptungen will ich durch einige Beispiele aus den citirten Compendien erbringen.

Die l. 2. §. 1. de pactis 2, 14, wonach der Schuldner, welchem vom Gläubiger der Schuldschein zurückgegeben worden ist, sich gegen den die Schuld einklagenden Gläubiger mit der exceptio pacti de non petendo vertheidigen kann, wird von den Meisten als Präsumtion bezeichnet, während z. E. Wetzell (a. a. O. A. 8.) hier von concludenten Handlungen spricht, die keine besondere Präsumtion begründen, sondern als stillschweigende Willenserklärungen in Betracht kommen. Gleiches gilt von der l. 26 de prob. et praes. 22, 3, in welcher die Compensationseinrede der Beklagten wegen eines Fideicommisses, welches sie vom Erblasser der Kläger, ihrem Bruder, zu fordern hatte, deßhalb als unstatthaft verworfen wird, weil sie diesen Anspruch bei Lebzeiten ihres Bruders nie erhoben hat, obgleich von ihr oft Zahlungen an denselben geleistet worden sind, sie also oft Gelegenheit zu compensiren gehabt hätte. — Dieselbe l. 2 §. 1 cit., die auch als eine Präsumtion der Zahlung enthaltend citirt wird, sowie die l. 24. de prob. 22, 3, nach welcher der Schuldner als liberirt gilt, wenn der Schuldschein zerrißen oder durchstrichen ist, werden von den Meisten als Beispiele einer praes. iuris angeführt, die den Alleganten ohne Weiteres des Beweises der Zahlung überheben, während Andere hierin nur eine praes. hominis erkennen, die an sich noch nicht volle Beweisung ist [7]).

Ich habe ferner gesagt, daß auch bei demselben Schriftsteller da, wo er bei einzelnen Lehren von Vermuthung spricht, Abweichungen von den aufgestellten allgemeinen Grundsätzen vorkommen,

---

[7]) Cfr. z. E. Böcking §. 118 N. 17. — Man muß wenigstens annehmen, daß dies die Meinung von B. ist. Er bestimmt erst den Begriff der Vermuthung im Allgemeinen als einer Folgerung der Richtigkeit einer noch ungewißen Thatsache aus einer gewißen, und citirt dazu die erwähnten Stellen. Dann fährt er fort: eine solche macht an sich noch nicht volle Beweisung; — manchen Vermuthungen aber legt das positive Recht die Wirksamkeit bei, statt Beweise zu gelten u. s. w., und hierfür werden dann in N. 19. andere Beispiele angeführt.

daß das, was Vermuthung genannt wird, unter keine der drei Arten zu subsumiren ist und daß die Grundsätze keiner derselben darauf paßen. So sagt Puchta §. 66 (bei N. o. p.): es ist zu vermuthen, daß der Sprechende sich der Sprache nach ihrem gemeinen Gebrauch bedient hat; giebt dieser einen annehmbaren und sichern Sinn, so ist es unzulässig, ihn aus anderswo gesuchten Gründen in Frage zu stellen. Was für eine Art Präsumtion ist das? Eine praes. iuris et de iure, weil durch l. 25. §. 1 de leg. III. (cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio) die Bestreitung ausgeschlossen ist? Ich glaube, man würde Puchta Unrecht thun, wenn man das als eine Meinung annehmen wollte. Wäre es eine praes. iuris tantum, so würde der sich darauf Stützende vom Beweise frei sein; sein Gegner müßte den Beweis des Gegentheils übernehmen; er müßte darthun, daß die gebrauchten Worte nicht in dem gewöhnlichen Sinn zu nehmen seien, daß der Sprechende mit denselben eine andere Bedeutung verbunden habe. Es soll ja aber unzulässig sein, den aus dem gemeinen Sprachgebrauch sich ergebenden sichern Sinn der Worte in Frage zu stellen! Es könnte also blos noch als praes. hominis gemeint sein: es ist wahrscheinlich, daß Jemand mit seinen Worten keinen andern Sinn verbindet, als gewöhnlich mit diesen Worten verbunden zu werden pflegt. Aber bloße Wahrscheinlichkeit überhebt nicht des Beweises, derjenige, der aus den fraglichen Worten einen Anspruch ableitet, müßte also zunächst beweisen, daß die Worte, die nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch seinen Anspruch begründen, auch wirklich nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu verstehen seien, und die Wahrscheinlichkeit, daß dies der Fall, würde ihm nur adminiculirend als Beweisgrund zur Seite stehn! Weniger zweifelhaft in Betreff der Classificirung ist man, wenn man bei demselben Schriftsteller §. 254 liest: es ist zu vermuthen, daß die Arrha beim Abschluß des Vertrags gegeben ist. Diese Vermuthung ist durch keine Rechtsvorschrift sanctionirt; sie kann also zu keiner der beiden Arten der praes. iuris i. w. S. gehören, sondern nur eine einfache praes. hominis sein. Wie kann man aber in einem concreten Fall sagen, es sei wahrscheinlich, daß das Handgeld

beim Abschlusse des Vertrags gegeben worden sei! Was gilt endlich von den Fällen, wo gesagt ist: im Zweifel, als Regel ist etwas anzunehmen, was doch nur ein andrer Ausdruck für vermuthen ist? z. E. im Zweifel ist die lex commissoria oder die in diem addictio als Resolutivbedingung aufzufassen, im Zweifel ist ein Vorbehalt nicht als modus, sondern als conditio, oder umgekehrt, zu betrachten; wenn Jemandem eine Sache mit Werthanschlag zum Verkauf gegeben ist, so sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, das Geschäft kann Mandat, Dienstmiethe, unter Umständen auch Societät, es kann aber auch der eigentliche Trödelcontract sein, wobei das periculum auf den Empfänger übergeht, und letzteres ist anzunehmen, wenn dieser den Anstoß zu dem Geschäft gegeben hat; wenn Mehreren gemeinschaftlich in einem Acte dieselbe Sache verpfändet ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß Jedem nur ein Theil der Sache verpfändet ist; wenn nicht fungible Sachen ästimirt dem Mann als Dos übergeben werden, so hat die aestimatio im Zweifel die Bedeutung einer venditionis gratia geschehnen; die Verabredung, daß der Pachter alle Unglücksfälle übernehme, ist im Zweifel nur als Verzicht auf das Recht der remissio mercedis zu verstehn; der Regel nach ist gleichmäßiger Antheil der socii am Gewinn und Verlust als beabsichtigt anzunehmen. Diese Beispiele könnten leicht durch eine Reihe anderer, wo etwas als Intention der Contrahenten vermuthet, wo eine Entscheidung in Gemäßheit der vermuthlichen Absicht der Parteien getroffen wird, vermehrt werden; die genannten werden aber genügen, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß mit der Eintheilung in praes. iuris et de iure, praes. iuris und praes. hominis, und den Sätzen: „die erstern schließen den Gegenbeweis gänzlich aus, die praes. iuris haben die Wirkung, daß der sie für sich Anführende des Beweises überhoben ist und dem Gegner die Beweislast obliegt, die letztern endlich überheben des Beweises nicht,“ keineswegs Alles abgethan sei. Und aus diesen Beispielen für das Unzureichende der allgemeinen Grundsätze im Zusammenhalt mit den dargethanen divergirenden Ansichten der verschiedenen Schriftsteller über die im einzelnen Falle aufzuwerfende Frage, ob etwas Präsumtion sei und eventuell welcher Character ihr bei-

gelegt werden müße, scheint doch hervorzugehn, daß es an der nöthigen Klarheit und Bestimmtheit in dieser Lehre fehlt.

Was der Grund hiervon ist, kann erst später näher erörtert werden, ich will hier nur die beiden Hauptfehler andeuten, die meines Erachtens die Schuld an dieser Unklarheit tragen. Einmal und vor allen Dingen fehlt es an festen Begriffen. Das Wort Präsumtion ist eins von denen, die sich da zu rechter Zeit einstellen, wo Begriffe fehlen; man braucht das Wort in den verschiedensten Bedeutungen, ohne einen bestimmten Begriff damit zu verbinden, und selbst wer eine Definition zuvor aufgestellt hat, wendet dann das Wort an ohne Rücksicht auf seine eigne Definition. Prämsumtionen sind nach den Meisten Schlußfolgerungen aus einer gewissen Thatsache auf die Existenz einer ungewissen; was heißt es da, wenn man von einer Präsumtion für die Willensernstlichkeit oder für die Legalität der öffentlichen Behörden spricht? Ich habe einen Kaufvertrag abgeschlossen, aus dieser feststehenden Thatsache wird ein Schluß gezogen auf die Existenz der andern ungewissen, daß ich das Geschäft auch ernstlich gemeint habe; ein Richter hat ein Protokoll aufgenommen über die Erklärung einer Partei, daraus folgt, daß in dem Protokoll nichts andres steht, als was die Partei wirklich erklärt hat. Hier kann doch Präsumtion nicht Schlußfolgerung heißen, man kann doch nicht sagen: die Schlußfolgerung aus der Aufnahme des Protokolls durch den Richter auf die Richtigkeit des Protokolls ist für die Richtigkeit des Protokolls! Und was bessert man damit, wenn man die Präsumtion so faßt: weil der Richter eidlich verpflichtet ist, wird geglaubt, daß er seine Pflicht auch im concreten Fall erfüllt habe? Giebt die eidliche Verpflichtung auch die Garantie für die richtige Auffassung des vor ihm Verhandelten? Muß dann nicht wieder die Vermuthung aufgestellt werden, daß Jemand das in seiner Gegenwart Vorgenommene richtig wahrnehme, die Vermuthung, daß alle Sinne ungeschwächt sind, daß er seine Aufmerksamkeit ungetheilt darauf gerichtet hat u. s. w.? — Die Definitionen der Meisten aber leiden, namentlich was die praes. iuris anbetrifft, an dem großen Fehler, daß sie keine Definitionen sind. Man geht einer bestimmten Begriffsbestimmung aus dem Weg, indem man

umschreibt und alles Gewicht auf die Wirkung legt, Präsumtionen, die eine gewiße Wirkung haben, praes. iuris nennt, und dann diesen so geschaffenen Begriff als einen technisch feststehenden nimmt und von den praes. iuris aussagt, sie haben die und die gewiße Wirkung, während man doch erst genau feststellen müßte, welches die Voraussetzungen sind, unter denen eine solche Wirkung eintritt. Oder ist es nicht umschrieben und nach der Wirkung definirt, wenn gesagt wird: [8]) es giebt Thatsachen, welche nach rechtlicher Vorschrift vermuthet werden sollen (praes. iuris), so daß der sie für sich Anführende des Beweises überhoben ist und den das Gegentheil Behauptenden die Beweislast trifft; manchen Vermuthungen legt das positive Recht die Wirksamkeit bei, statt Beweises zu gelten, so daß dem das Gegentheil Behauptenden der Beweis obliegt, daß sich die Thatsache der gesetzlichen Annahme zuwider verhalte (praes. iuris)? Ein fernerer Mangel aber ist, daß unter der Kategorie der praes. iuris die heterogensten Vermuthungen von dem verschiedensten Wesen und Character zusammen gestellt und auf alle ohne jede Unterscheidung die Grundsätze der praes. iuris angewandt werden, während bei nur etwas tieferem Eingehn in die Augen springen muß, daß die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant, die praes. Muciana, die bei Commorienten geltende Präsumtion, die Präsumtion für Resolutivbedingung, für die Legalität der öffentlichen Behörden, für Willensernstlichkeit, die Präsumtionen bei der ademtio legati, die Präsumtionen, daß die Frau, die sich als Hauptschuldnerin genannt hat, wirklich zur Hälfte Hauptschuldnerin geworden ist, daß in der Vulgarsubstitution eine Pupillarsubstitution enthalten sei, daß, wenn die Form eines Rechtsgeschäfts lediglich auf dem Willen der Parteien beruht, das Geschäft nach der Intention der Parteien nicht eher perfect ist, als bis die Form hinzukommt u. a. — daß diese verschiedenartigen als Präsumtionen bezeichneten Fälle nicht nach einer Schablone behandelt werden können.

Die angedeuteten Mängel werden genügen, um den Versuch, diese Lehre einer Prüfung zu unterwerfen, gerechtfertigt erscheinen

[8]) Cfr. Puchta §. 97. Böcking §. 118.

zu lassen. Und zwar wird vor allen Dingen eine sorgfältige Berücksichtigung des positiven Rechts und namentlich ein Zurückgehen auf die ursprünglichen Quellen ein absolutes Gebot sein. Denn kaum je hat eine Lehre mit ihren Fehlern sich so lange erhalten, bei keiner andern fast hat das Festhalten an der Tradition das eigene Forschen und das Quellenstudium in solchem Maaße gehindert. Ehe ich mich dieser Prüfung unterziehe, ist ein Rückblick auf die Entwickelungsgeschichte der Lehre von den Glossatoren an nothwendig, der das eben Gesagte bestätigen wird.

## §. 4.

## Rückblick auf die Entwickelungsgeschichte der Lehre. Lehre der Glossatoren.

Wenn wir von den kurzen Summae einzelner späterer Glossatoren, die den beiden vom Beweis handelnden Titeln der Pandecten und des Codex vorausgeschickt sind, absehen, finden wir die Ansichten der Glossatoren über die Präsumtionen, in Gemäßheit der exegetischen Natur ihrer Arbeiten, bei Gelegenheit einzelner Stellen erwähnt. Die Lehre, wie wir sie in der glossa ordinaria des Accursius dargestellt finden, ist folgende.

Es giebt drei Arten von Präsumtionen. Quaedam est talis, cui statur, etiamsi contra quis probaret in l. un. pr. C. de R. U. A. 5, 13: es soll angenommen werden, daß die Frau eine Stipulation über die Dos abgeschlossen habe. Alia, cui statur, donec contra probetur, z. E. wenn eine Sache dem Vater gehört hat, soll präsumirt werden, daß sie dem Erben gehöre, nach l. 16. C. de prob. 4, 19. Alia cui non statur aliquo modo, nisi adminicula habeat z. E. Beweis durch eine Privaturkunde, nach l. 5. C. eod.

Cfr. die Summa des Accursius ad T. D. de prob. et praes. 22, 3.

Etwas ausführlicher ist die Glosse ad l. ult. pr. quod. met. causa 4, 2, v. praesumtioni, wo zunächst als bemerkenswerth der Satz hervorgehoben wird, stari praesumtioni, donec contra probetur, mit Berufung auf die citirte Stelle und auf l. 3. §. 4. de hom. lib. exhib. 43. 29. l. 39. §. 1 de contr. emt. 18. 1.

l. 1. C. qui et adv. quos 2. 42, l. 57. de iure dot. 23. 3, jedoch mit der gleich zugefügten Beschränkung, daß diese Präsumtion nicht immer die Beweislast von dem Einen auf den Andern übertrage, sondern bisweilen den Kläger mit einem schwierigeren Beweis belaste; so würden in dieser Stelle probationes apertissimae im Superlativ gefordert und es könne daher wegen einer solchen Präsumtion beim Mangel anderer Beweismittel der Eid nicht deferirt werden. Und dann fährt die Glosse, mit dem Anspruch, für vollständig die Sache erschöpfend zu gelten (ut plene scias), fort: eine Präsumtion ist entweder iuris et de iure, oder hominis, oder naturae, oder facti. Als Beispiele der erstern enthaltend werden außer der l. un. pr. C. de R. U. A. 5. 13. noch citirt die l. 19. de adopt. 1. 7. und l. ult. C. ad S. C. Maced. 4, 28; gegen eine solche wird Gegenbeweis nicht zugelassen, sie heißt auch praes. legis und wird besser fictio genannt. Die in l. ult. pr. cit. erwähnte Präsumtion ist eine praes. hominis, gegen welche Gegenbeweis statthaft ist; diese zerfällt in zwei Arten, denn nach Obigem überträgt sie zuweilen die Beweislast auf den Gegner, bisweilen hat sie die Wirkung, ut durius adstringat ad probandum. Die praes. naturae wird nur durch ein Beispiel erläutert und umschrieben: wenn ich meinen Sohn enterbe, wird gegen mich präsumirt, daß ich ihn mit Unrecht enterbt habe, et hoc propter naturam! Die Folge dieser Präsumtion ist, daß die Erben die iusta causa exheredationis beweisen müßen. Den Beleg dafür liefert l. 30. C. de inoff. test. 3, 28. Auth. Non licet C. de lib. praet. 6. 28. Die praes. facti ist entweder facti praecedentis oder facti subsequentis, ein Beispiel für erstere ist l. 7. §. 3. de accus. 48, 2: puto non facile admittendum cum, qui semel calumniatus est, für letztere l. 34. C. ad leg. Jul. de adult. 9. 9: wenn zwei des Ehebruchs Angeklagte durch Berufung auf ihre nahe Verwandtschaft sich vom Verdacht gereinigt und Freisprechung erwirkt haben, später aber eine Ehe miteinander abschließen, so wird präsumirt, daß sie früher auch den Ehebruch begangen haben.

Gegenüber dieser letzten Darstellung verdient die kurze Summe des Accursius ad T. D. 22. 3. trotz ihrer Mangelhaftigkeit doch

formell entschieden den Vorzug, indem nach derselben die Eintheilung wenigstens von einem und demselben Gesichtspunkt aus gemacht ist, nämlich nach der Wirkung in Bezug auf den Beweis; die eine Art der Präsumtion ist so stark, daß der Beweis des Gegentheils gar nichts hilft, die andere ist schwächer, sie schließt den Gegenbeweis nicht aus, aber so lange dieser Gegenbeweis nicht geführt wird, so lange wird von ihr nicht abgewichen, der dritten endlich kommt allein gar nicht das Gewicht zu, daß sie als Beweis gilt und die Ueberzeugung des Richters begründet, sondern es bedarf dazu noch anderer unterstützender Gründe. Ein technischer Name ist diesen drei Arten der Präsumtion hier nicht beigelegt. Dieser findet sich hingegen in der Glosse ad l. ult. pr. cit.: die den Gegenbeweis ausschließende Präsumtion wird zuerst praes. iuris et de iure genannt, dann aber auch praes. legis, bis endlich gesagt wird, am besten werde sie gar nicht mit praesumtio, sondern mit fictio bezeichnet; die den Gegenbeweis zulaßende Präsumtion heißt praes. hominis, sie kann das onus probandi übertragen, ohne immer diese Wirkung zu haben, denn bisweilen trifft wegen einer solchen Präsumtion den Kläger ein schwieriger Beweis. Also in so weit ist auch hier, obgleich in abweichender Weise, die Eintheilung nach der Wirkung gemacht. Dazu paßt aber die folgende Eintheilung in praes. naturae und facti, die mit der vorhergehenden gleichgestellt ist, ganz und gar nicht, denn diese ist entnommen von dem Grund oder — wie dies die Commentatoren häufig bezeichnen — von den sedes der Präsumtion; und wenn auch eine derartige Eintheilungsweise an sich gerechtfertigt ist, so läßt sich doch die Ausführung hier, die Eintheilung in praes. naturae und facti mit ihren Beispielen nicht billigen; sie ist einerseits nicht logisch, andererseits nicht erschöpfend. Propter naturam wird präsumirt, daß ich meinen Sohn mit Unrecht enterbt habe, das soll doch wohl heißen: weil es gegen die Natur ist, daß der Sohn die Enterbung verdient, daß er ingratus gegen die Eltern ist! Als ob es nicht eben so sehr gegen die Natur wäre, daß Eltern ihre Kinder ohne gerechten Grund enterbten! Und läßt sich das Beispiel der praes. facti praecedentis — wer einmal Jemanden fälschlich eines Verbrechens angeklagt hat, der

darf nicht gegen dieselbe Person eine andere Anklage erheben, weil angenommen wird, daß er wieder eine calumnia begehe — nicht ebenso gut als praes. naturae auffaßen? Nach den angeführten Beispielen würde die praes. naturae zu den praes. hominis und zwar zu denen, welche onus probandi transferiren, die praes. facti aber zu den praes. iuris et de iure gehören. Wird das überall zutreffen? Und werden Vermuthungen nur hergenommen von natura und factum in der Weise, wie die Glosse es meint?

Außer diesen beiden Hauptstellen, die eine Zusammenstellung einiger allgemeiner Grundsätze enthalten, finden sich noch gelegentlich zerstreute Bemerkungen über Präsumtionen, die sich zum Theil unter jene gar nicht unterbringen lassen, auch sich zum Theil widersprechen und überhaupt ohne allzugenaue Rücksichtnahme auf jene hingeworfen sind.

Die Negative, daß man nicht animo occidendi getödtet habe, wird bewiesen per praesumtiones, probando amicitiam et affinitatem et qualitatem occidentis[1]); praesumitur quis remanere in eadem voluntate[2]); daraus, daß Jemand exheredirt ist, wird präsumirt, daß er filius ist, cum res sit inepta exheredatio in extraneis[3]); praesumitur solennitas[4]); testis unus inducit praesumtionem non autem plenam probationem[5]); das Zeugniß der Mutter bei der Frage, ob Jemand ihr Sohn sei, hat nicht das Gewicht, wie die Aussage eines anderen Zeugen, aber quandam minorem praesumtionem facit, facit praesumtionem pro filio, licet non contra filium[6]); die epistolae uxoribus missae machen nach Einigen beim Streit über die Sohnesqualität eine Präsumtion, donec contra probetur, das wird aber verworfen: sie machen nicht plena, sondern nur semiplena probatio[7]); praesumitur ex eo quod plurimum accidit, ex eo

[1]) Gl. ad l. 1. C. ad l. Corn. de sic. 9, 16, v. non occid. animo.
[2]) Gl. ad l. 3. de prob. v. qui convenitur.
[3]) Gl. ad l. 27. §. 1. de inoff. test. 5. 2. v. exheredavit.
[4]) Gl. ad l. 30. de V. O. 45. 1, v. solenniter.
[5]) Gl. ad l. 31. de iureiur. 12. 2. v. exacto iureiur. Gl. ad Nov. 90. c. 7 (Coll VII. Tit. II) v. iuraverit.
[6]) Gl. ad l. 15. de prob. v. professio.
[7]) Gl. ad 29. eod v. imperatoris.

quod fieri solet[8]; propter legis interdictum praesumitur fraudis simulatio und facilius praesumitur fraus fieri in ultima voluntate[9]; praesumtio voluntatis sumitur ex scientia testatoris[10]) praesumitur quilibet sanae mentis, donec contra probetur[11]; praesumitur quilibet solvendo, daneben praesumitur quis non idoneus, nisi probetur[12]; praesumitur licere omnia et fieri posse de iure et esse iure facta[13], daneben die vielen Fälle, wo dolus, fraus, culpa etc. präsumirt wird; quis semper ignorare praesumitur, nisi scire probetur, daneben diligentem non est verisimile errare und propter praesumtionem scientiae muß die ignorantia bewiesen werden et sic praesumitur scientia[14]; ex sola praesumtione quis non gravatur, daneben ex praesumtione aliquis damnatur[15].

Aus diesem Material, dessen Vermehrung leicht wäre, aber nur dazu dienen würde, das Gesagte zu bestätigen, läßt sich eine einheitliche und befriedigende Lehre nicht construiren. Eine Definition der Präsumtion, sowohl im Allgemeinen, als der besondern Arten, fehlt gänzlich; man weiß nicht, was eine praes. iuris et de iure ist, man weiß nur, daß gegen eine solche kein Gegenbeweis zugelaßen wird; was praes. hominis eigentlich ist, wird ebenso wenig gesagt, wir erfahren nur, daß sie bisweilen onus probandi reiicit in reum, bisweilen den Kläger duriori probatione adstringit; wann das eine, wenn das andere der Fall ist, wird verschwiegen. Wann eine Präsumtion den Gegenbeweis gänzlich ausschließt, wann ihr an sich und allein die Vollwirkung zukommt,

[8] Gl. ad l. 25. pr. eod. v. praesumtionem. Gl. ad. l. 3. eod. v. elegerunt.

[9] Gl. ad. l. 27. eod. v. videtur und v. modum.

[10] Gl. ad l. 29. de R. D. 34, 5. v. nota.

[11] Gl. ad l. 5. C. de codic. 6, 36, v. probari.

[12] Gl. ad l. 2. de prob. v. ei incumbit. Gl. ad l. 11. eod. v. caveretur.

[13] Gl. ad l. 5. eod. v. specialiter.

[14] Gl. ad l. 21. eod. v. obligatam; — Gl. ad l. 25. pr. eod. v. diligens und v. ignorantiae.

[15] Gl. ad l. 5. de poen. 48, 19, v. damnari. Gl. ad Nov. 117. c. 15 (Coll. VIII. Tit. XIII.) v. punire.

die Ueberzeugung des Richters zu begründen, so daß nur der Beweis des Gegentheils sie erschüttern kann, wann sie diese Wirkung nur in Verbindung mit andern Beweisgründen hat, das wird nicht erörtert. Gelegentlich finden wir etwas als praes. iuris et de iure bezeichnet, oder erwähnt, es werde etwas präsumirt donec oder nisi contra probetur, aber daraus kann man nichts für den Begriff entnehmen; derjenigen praesumtio, cui non statur aliquo modo, nisi adminicula habeat, begegnen wir mit dieser Bezeichnung gar nicht wieder in der Glosse. — Die nachtheilige Folge dieses Mangels an festen Begriffen und des Umstands, daß ohne gehörige Unterscheidung alles Gewicht auf die Wirkung in Bezug auf den Beweis gelegt wird, äußert sich — wie wir dies bei den Schriftstellern der spätern Zeit wiederfinden werden — schon hier darin, daß Vieles, was lediglich Ausfluß und Anwendung einer Beweisregel ist, auf eine Präsumtion zurückgeführt und damit das Gebiet der Präsumtionen in ungebührlicher Weise erweitert und das Wesen derselben vollständig verkannt wird.

## §. 5.

### Lehre der gleichzeitigen Proceßschriftsteller.

In den mit der Glosse ziemlich gleichzeitigen Proceßwerken, den Summae de ordine iudiciorum, findet sich die Lehre, wenn sie nicht etwa ganz unberührt bleibt wie in der Summa de iudiciario ordine des Gratia Aretinus und des Bulgarus sowie in der Summa super offic. advoc. des Bonaguida, etwas systematischer behandelt.

Pillius[1]), der von dieser Lehre überhaupt nur beiläufig unter der Rubrik de probationibus handelt, beschränkt sich allerdings auch auf die Frage nach dem Einfluße der Präsumtionen auf den Beweis. Er geht, nachdem er schon zuvor erwähnt hat, daß außer wegen anderer Gründe auch propter praesumtionis adminiculum die Beweislast auf Beklagten übertragen werde[2]), davon

[1]) Pillii, Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum Edid Fr. Bergmann. Gott. 1842.

[2]) l. cit. pag. 55. v. 22.

aus, daß der Satz actore non probante reus absolvitur dahin zu erweitern sei: nec quasi probante, denn wenn für Kläger präsumirt wird, dann hat er quasi bewiesen und Beklagter muß, wenn er nicht Gegenbeweis führt, verurtheilt werden. Diese quasi probatio ist zweifach möglich, durch Eid und Präsumtion, und die Präsumtion, durch welche die quasi probatio erbracht wird, ist wieder doppelt: sie hat ihren Grund entweder in der ratio naturae z. B. daß der enterbte Sohn nicht zu beweisen braucht, er sei nicht ingratus gewesen, vel pietatis z. B. daß der Sohn dem auf Anerkennung der väterlichen Gewalt klagenden Vater gegenüber die Emancipation beweisen muß, oder sie ist hergenommen ex facto, z. B. aus dem frühern Besitz des Klägers resultirt die praesumtio und quasi probatio des gegenwärtigen Besitzes. Daneben wird die Präsumtion wieder genannt bei Gelegenheit der quasi probatio per religionem (d. h. wenn Kläger schwört oder Beklagter ihm den Eid erläßt oder Beklagter weder schwören noch referiren will); wenn nämlich eine praesumtio saltem exilis für Kläger spricht, z. B. weil ein Zeuge für ihn ausgesagt hat, so wird ihm wegen einer solchen Präsumtion vom Richter der Eid aufgelegt [3]). Also praesumtio ist quasi probatio. Das meint Pillius auch, wenn es eine solche Präsumtion ist, cui lex stat, während hier nach Andern von einem directo probare gesprochen werden müsse. Eine practische Bedeutung hat jedoch diese verschiedene Auffassung nicht, denn Kläger siegt, nisi contra probetur, mag er direct oder quasi beweisen. Und doch wird daneben der Satz aufgestellt: unus testis inducit praesumtionem, ja maximam, so daß auf richterlichen Eid erkannt wird! Präsumtion beweist resp. beweist quasi, so daß der Kläger, für den sie spricht, nichts weiter zu thun hat, um die Verurtheilung des Beklagten zu bewirken, und auf der andern Seite genügt die Präsumtion eben, um dem Kläger den Erfüllungseid aufzulegen; dort Präsumtion als vollen Beweis erbringendes Beweismittel resp. als Beweissurrogat, hier als Resultat der Beweisführung durch andere Beweismittel und zwar als unvollständiger Beweis!

[3]) Pillius, pag. 56 v. 10, 594.

Tancred widmet — nachdem er vorausgeschickt, daß im Allgemeinen Beklagter nicht zu beweisen habe, jedoch gewiße Gründe und darunter die praesumtio pro actore die Beweislast auf ihn übertrügen, und nachdem er dann unter den sechs species, quibus probatio fit, auch die praesumtiones angeführt hat[4]), — den Präsumtionen, expedito tractatu verae et plenae probationis, quae fit per dicta testium vel instrumentorum, einen besondern Titel[5]) und erörtert in diesem Begriff, Arten und Wirkungen derselben. Präsumtion ist nach ihm argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti. Sie entsteht aus vielen Ursachen, z. E. ex persona, ex loco, ex tempore, ex aetate u. a. Bisweilen macht sie vollen, bisweilen halbvollen Beweis; es ist dies verschieden bei den verschiedenen Arten derselben, und deren werden vier aufgestellt. Die temeraria praesumtio, die a malis hominibus ex causis vilibus surgit, ist ohne alle Wirkung, der Richter darf sich durch sie nicht bestimmen lassen, z. E. nicht gleich etwas Schlechtes annehmen, wenn ein Mann einmal im Gespräch mit einer Frau angetroffen wird; die praes. probabilis oder iudicis, die ex aliquibus suspicionibus et fama crebescente surgit, genügt allein nicht zur Urtheilsfällung d. h. zur Verurtheilung, macht aber zusammen mit der Aussage eines Zeugen oder mit einer andern ähnlichen Präsumtion vollen Beweis oder ermöglicht doch wenigstens den Erfüllungseid z. E. cap. 11. X. de praes. 2, 23; die praes. violenta oder iuris, so genannt, quia ius praesumit ita esse, z. E. aus dem Zerrißensein des Schuldscheins Befreiung des Schuldners, reicht zum Urtheilsspruch hin, wenn nicht dagegen bewiesen wird. Von dieser unterscheidet sich die letzte Art, die praes. necessaria, nur dadurch, daß sie keinen Gegenbeweis zuläßt; sie heißt auch praes. iuris et de iure und zwar liegt der Grund darin, daß vehementer praesumitur ita esse vel non esse et propter talem praesumtionem ius statuitur, z. E. wenn

---

[4]) Tancred bei Bergmann, pag. 217 v. 9, pag. 220 v. 4, pag. 221 v. 6, cfr. auch pag. 261 v. 1.

[5]) pag. 257 squ.

Jemand ein bedingtes Verlöbniß abschließt und dann Concubitus erfolgt, präsumirt das Recht unbedingten ehelichen Consens und bestimmt, daß für die Ehe zu entscheiden sei. — Den Schluß des Titels bilden zwei als in summa notandum hervorgehobene Sätze, die an das Hamletsche „Es lebt kein Schurk' im ganzen Dänemark, der nicht ein ausgemachter Bube wär" erinnern: omne bonum factum recte praesumitur actum und omne malum factum prave praesumitur actum. — Die Präsumtion ist also der Grund, eine Thatsache zu glauben, weil eine andere feststeht. Der Grund des Glaubens kann ein schwächerer oder stärkerer sein, und danach werden eben die vier Arten aufgestellt. Die Stärke des Grundes beurtheilt bei den beiden ersten Arten unzweifelhaft der Richter, aber nach welchem Maßstab bemißt er, welchem Grund die Eigenschaft, temerarium oder probabile zu sein, zukommt? Wenn es ganz von seinem Ermessen abhinge, wäre die Unterscheidung mit den daran geknüpften verschiedenen Wirkungen unnöthig. Das meint auch Tancred nicht, denn er unterscheidet die beiden Arten nach ihren Voraussetzungen. Aber die Voraussetzungen, wenn etwas praes. temeraria, wenn probabilis sei, sind mit den Sätzen: die eine surgit a malis hominibus ex vilibus causis, die andere ex aliquibus suspicionibus et fama crebescente, entschieden nicht genügend angegeben; die aliquae suspiciones können auch viles causae sein, und die fama »tam ficti pravique tenax quam nuntia veri« kann aus dem grundlosen Argwohn eines homo malus entstehen. Wenn eine praes. violenta oder iuris vorliegt, ist zwar anscheinend bestimmter gesagt: cum ius praesumit ita esse, aber wie wenig auch das genügt, zeigen die beiden als gleichartig nebeneinander gestellten Beispiele: apparet chirographum cancellatum, ius praesumit debitorem liberatum (l. 24 de prob.) und praesumit ius, quod nullus resignet personatum ecclesiae et recipiat postmodum vicariam (cap. 10 X. de praes. 2, 23). Und wie paßt zu dem Ganzen der im Anfang erwähnte Satz, daß die praes. violenta ex verisimili probatione surgit? Bei der praes. iuris et de iure ist allerdings mit der Wirkung auch die Voraussetzung genau angegeben: wenn das Gesetz etwas präsumirt und wegen einer

solchen Präsumtion einen Rechtssatz aufstellt, so ist voller Beweis erbracht und Gegenbeweis nicht statthaft. Nur steigt hier ein doppeltes Bedenken auf, worauf später näher einzugehen sein wird. Das eine ist, ob nicht auch bei der praes. iuris wegen einer Präsumtion des Gesetzes eine Rechtsregel eingeführt wird und was dann den Unterschied, daß dort Gegenbeweis ausgeschlossen ist, hier nicht, bedingt, ob das ausdrückliche Aussprechen der Unzulässigkeit des Gegenbeweises oder was sonst. Denn man kann wohl die Frage aufwerfen, welcher Unterschied besteht zwischen den beiden Sätzen: wenn Jemand mit seiner Braut concumbirt, so gilt dies, trotzdem, daß es ein bedingtes Verlöbniß war, rechtlich als Abschluß der Ehe; — wenn Jemand im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geboren ist, so gilt er rechtlich als eheliches Kind. Und das andere Bedenken: kann man da, wo das objective Recht bestimmt, daß, wenn eine bestimmte Thatsache vorliegt, etwas als Recht gelten solle, noch von einer Präsumtion sprechen, wenn man sie definirt, wie Tancred, von einem Grund, infolge des Beweises einer Thatsache eine andere zu glauben; kann man das als etwas besonders ausgezeichnetes hinstellen, ist das nicht blos einfache Subsumtion einer Thatsache unter eine Rechtsregel, Anwendung eines Rechtssatzes auf einen concreten Fall?

## §. 6.

### Lehre der Commentatoren.

Die Lehre der Commentatoren, von denen wenigstens die Ansichten der hervorragendsten zu erwähnen sind, schließt sich in der ersten Zeit ziemlich eng an die Darstellung des Tancred an. So folgt z. E. Durantis in seinem Speculum iuris [1]) in Definition und Eintheilung und in den dafür angeführten Beispielen diesem fast wörtlich, nur daß die sedes, unde praesumtiones oriuntur, in einer ganz willkürlichen und wirklich lächerlichen Weise vermehrt sind. Um nur einen Begriff zu geben, welche Bedeutung diesen causae zukommt, will ich einige der aufgezählten herausheben. Ex causa, aus c. 14 C. 23 qu. 8: Abraham und

[1]) Lib. II. Partic. II. Tit. de praesumtionibus.

Petrus haben ein homicidium begangen, aber es war ein opus spirituale, denn es wird nicht allein auf die Handlung gesehen, sondern es muß auf Zeit, Ursache, Willen, Verschiedenheit der Personen u. s. w. Rücksicht genommen werden; ex loco, aus c. 21 C. 17 qu. 4: ein Sacrilegium wird begangen, wenn aus einer Kirche oder aus den dreißig Schritt im Umkreis gelegenen Häusern etwas gestohlen wird; ex tempore, aus c. 1 C. 17 qu. 2: es soll Niemand Mönch werden vor Ablauf eines Probejahres; ex dignitate, aus c. 14 C. 11 qu. 3: wer dem Bischoff nicht gehorcht, ist vom Teufel besessen; ex consuetudine, aus c. penult. C. 2 qu. 7: der Bischoff soll nicht schlechte Menschen in seiner Gesellschaft haben; ex eventu, aus c. 5 C. 15 qu. 1: wenn Jemand plötzlich wahnsinnig geworden ist und einen Menschen getödtet hat, soll er nicht bestraft werden, weil er dies ohne Willen gethan hat u. s. w. — Unter den species probationum [2]) wird auch die praesumtio aufgeführt, mit der Bemerkung, daß sie in mehreren Fällen probationem transfert in reum und daß vera probatio praesumtionem vincit, und bei der evidentia facti wird auch, im Gegensatz zum notorium facti und iuris, von einem notorium praesumtionis gesprochen, wogegen Gegenbeweis zuläßig ist oder nicht, je nachdem es praes. iuris tantum oder praes. iuris et de iure ist.

Die spätern Schriftsteller versuchen sich in etwas mehr selbstständigen Definitionen und Eintheilungsarten, die aber die Sache nicht fördern. Praesumtio est ratiocinatio sumta a verisimili; rei ambiguae extrinsecis vel intrinsecis signis fides vel credulitas; facti ambigui aliquoties plena, aliquoties semiplena investigatio; in re ambigua alterius partis ex iure praeassumtio [3]). Sie ist entweder praes. iuris oder hominis, die wieder in je zwei Unterarten zerfallen. Bei der praes. iuris ist die eine Art submissa per statutum i. e. quod lex praesumendo statuit, sie wird definirt als animi legislatoris applicatio ad verisimile sanctione eius firmata;

---

[2]) l. c. Tit. de probationibus §. 3. cfr. Joannes Andreae Summula de proc. iud. (Ed. Wunderlich Basil. 1840) cap. 8 §. 2, 5—11.

[3]) Baldus Rubr. T. D. de prob. Raph. Fulgosius Rubr. T. D. eod.

die andere ist simplex sine statuto, animi legislatoris ad verisimile applicatio transferens onus probandi in adversarium; super ea lex non statuit i. e. non disponit ei stari. Die praes. hominis, die dann vorliegt, wenn die Wirkung der Präsumtion nicht im Recht ausgesprochen, sondern dem Arbitrium des Richters überlassen ist, ist entweder vehemens sive maior und dann applicatio animi boni viri ad valde verisimile, oder non vehemens sive minor und dann inclinatio animi boni viri ad eliciendum alterum extremorum ex intellectu proveniens ex nobili coniectura [4]). — Darüber, welche Wirkung einer Präsumtion zukommt, finden sich die verschiedensten Meinungen. Die praes. iuris ist liquidissima probatio, so daß, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird, Verurtheilung des Beklagten erfolgt; dabei wird aber gestritten, ob es propria und vera probatio sei, indem diesem, der den vollen wie den halbvollen, den directen wie den indirecten Beweis umfaßt, die probatio praesumtiva gegenübergestellt wird; sie beweist nur voll in his quae consonant veritati vel naturae, wer eine praes. iuris in specie für sich hat, ist vom Beweise frei. Die praes. hominis hat nach dem Einen vim semiplenae probationis, nach dem Andern ist ihre Wirkung eine verschiedene, je nachdem sie vehementior, vehemens oder levis ist, indem die erstere immer zur Verurtheilung geneigt, die letztere nur geringen Einfluß hat, die vehemens hingegen zwar regelmäßig den Beweis unterstützend wirkt, bisweilen aber auch — was der Prüfung des Richters überlassen bleibt — voll beweist.[5]) Eigenthümlich ist die Darstellung des Paulus de Castro:[6]) ad fidem pervenitur per tres gradus, per suspicionem, opinionem,

---

[4]) Baldus Rubr. T. C. de prob. 4, 19. Barthol. Salicetus ad l. 16 C. eod.

[5]) Cfr. z. B. Bartolus in l. 74 de leg. I. Decius in l. 1 de R. C. 12, 1 Nr. 63, l. 4, C. qui admitti 6, 9 Nr. 7. Jason in l. 1 C. de test. mil. 6, 21, in l. 30 de V. O. 45, 1, in l. 74 de leg. I. Bartol. in l. 2 de excus. 27, 1 Nr. 6, in l. 3 C. de fide instr. 4, 21. Barth. Salic. Rubr. T. C. de prob. 4, 19 und in l. 16 C. eod.

[6]) Rubr. T. C. de prob.

credulitatem; die suspicio consistit in indiciis, quae sunt minus quam semiplena probatio; die credulitas resultat ex perfecta probatione, und der zwischen beiden liegende Grad der Ueberzeugung, die opinio, consistit in praesumtione hominis, quae resultat ex his, quae faciunt semiplenam probationem! — Die Frage, ob und wie Gegenbeweis gegen die Präsumtion geführt werden könne, finden wir, abgesehen von dem Satz, daß er gegen praes. iuris, nicht aber gegen praes. iuris et de iure zulässig sei, von den Meisten mit der Bemerkung abgethan, daß die Präsumtion durch Beweis, aber auch durch andere Präsumtionen aufgehoben werde, wogegen Andere dies näher dahin bestimmen, daß per aliquam legitimam speciem probationis gegen dieselbe bewiesen werden müsse. [7]) — Der Gründe, aus welchen Präsumtionen entstehen, werden zwar nicht so viele aufgezählt, wie bei Durantis — obgleich dem Joannes Andreae und Baldus, wie deren Additiones zu Durantis bezeugen, die genannten noch nicht ausreichten, — aber die Gründe sind heterogen genug. Der Eine sagt allgemein: praesumtio concipitur ex circumstantiis facti, der Andere, sie werden hergenommen ex verisimili, oder specieller ex natura, ex consuetudine loci et personae etc.; der Eine läßt durch unvollständigen Beweis Präsumtion, der Andere durch Präsumtion unvollständigen Beweis entstehn [8]).

Dieses Bild der Verwirrung würde noch vervollständigt werden können, wenn wir die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze in den einzelnen Fällen, wo eine Präsumtion gefunden wird, verfolgen wollten. Ich verweise statt dessen auf die Loci communes in Bartoli opera omnia, woselbst v. praesumere eine Zusammenstellung gemacht ist, quae praesumuntur und quae non praesumuntur.

---

[7]) Barth. Salic. in l. 16 C. de prob. Bartolus in l. 25 D. eod. und in l. 7 de i. i. rest. 4. 1.

[8]) Cfr. z. E. Alber. de Rosciate Dictionarium v. praesumere. Barth. Salic. l. c. Decius in l. 3 de R. C. 12. 1. u. a.

## §. 7.

## Lehre der Humanisten.

In der folgenden Periode, in welcher Frankreich, wie früher Italien, den Mittelpunct des civilistischen Studiums bildet, zeigt sich der Einfluß der wiedererwachten Studien der Werke des classischen Alterthums auch in unserer Lehre. Man geht zurück auf Aristoteles und Quinctilian und deren Auffaßung und Darstellung des Beweises.

Der Begriff des Beweises ist bei den Rhetoren ein weiterer, als bei den Juristen. Jene verstehen darunter die Bestätigung einer jeden Behauptung, mag sie in iure oder in facto bestehen, so daß sie auch res iudicata und Gesetze hierherziehn; diese sprechen von Beweis nur, cum quaeritur de facto, also wenn nicht feststeht, ob das geschehen ist, worüber der Streit entstanden, was technisch als status causae coniecturalis im Gegensatz zum status causae iuridicialis bezeichnet wird. Quinctilian in seinen Institutiones oratoriae V. 1 theilt nach Aristoteles den Beweis ein in probatio inartificialis (ἄτεχνος) und artificialis (ἔντεχνος), die Juristen aber — die nicht wie die alten Jureconsulti gethan, den Rednern die quaestiones facti überlassen können, sondern als Richter selbst darüber entscheiden müssen — kennen nur eine probatio inartificialis durch Zeugen und Urkunden. Diese wird aber eingetheilt in directa, wenn gerade das, was behauptet wird und bewiesen werden soll, in Urkunden und Zeugenaussagen enthalten ist, und obliqua, wenn nicht direct durch Zeugen und Urkunden bewiesen, sondern durch Argumentation das zu Beweisende aus jenen geschlossen wird. Und diese probatio obliqua, die allerdings auch artificialis genannt werden kann, weil ex praepositis cognoscimus, quae sint consequentia, zerfällt in drei genera oder gradus: necessaria et certa, verisimilis s. credibilis, und levis oder nach Quinctilian non repugnans. Diese prob. verisimilis nun ist die praesumtio, die im Tit. Dig. 22, 3 der probatio gegenübergestellt wird; sie liegt vor, wenn sie sich nicht levi aliqua suspicione et opinione stützt und auch nicht colligitur naturali

et necessaria ratione, sondern probabili, credibili ratione. Was freilich credibile ist, was nicht, darüber lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, diese werden immer mangelhaft bleiben; man muß das dem Ermessen des Richters überlassen, für den es viel leichter sein wird, in jedem einzelnen ihm vorgelegten Fall das dem geführten Beweise beizulegende Gewicht zu bestimmen, als für die Theorie, ihn durch allgemein giltige und ausreichende Regeln zu instruiren. Nach Quinctilian (Instit. orat. V. 10) wird, ob etwas credibile ist, ex communi intellectu entnommen, indem von Natur gewisse gemeinsame animi conceptiones, *κοιναὶ ἄννοιαι*, in uns gelegt sind, die ebenso wie Sitte, Gewohnheit, Erfahrung der Menschen bei der Beurtheilung dieser Frage in Betracht kommen.

Dies ist die Darstellung des Duaren[1]), die durch ihre Klarheit und Einfachheit vortheilhaft gegen die seiner Vorgänger absticht. Aber auch er bleibt den aufgestellten Grundsätzen nicht treu. Obgleich er sagt, daß sich nicht im Allgemeinen bestimmen lasse, wenn eine probatio verisimilis sive cerdibilis, eine praesumtio, anzunehmen sei, spricht er doch von praesumtio iuris, als sei das ein feststehender Begriff, und schreibt ihr die Wirkung zu, daß bei ihrem Vorhandensein kein andrer Beweis gefordert werde, daß sie, wenigstens bis zum Beweis des Gegentheils, zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung genüge, daß sie die Beweislast dem Gegner aufbürde. Also der Richter beurtheilt im einzelnen Fall, ob etwas credibile sei, ob die Mittel, durch die eine bestrittene Thatsache als existent dargethan werden soll, hinreichen, um seine Ueberzeugung zu erwecken; ist er durch Schlußfolgerung zu diesem Resultat gekommen, so ist das, wenn es nicht eine nothwendige Folgerung ist, probatio verisimilis, praesumtio, und von dieser sagt ihm nun die Theorie, daß eine solche auch wirklich hinreiche ad fidem faciendam!

Bei den beiden größten Juristen dieser Periode, bei Cuiacius und Donellus, findet sich unsere Lehre nur oberflächlich berührt.

[1]) Comm. in T. D. de prob. cap. 1. squ. — Cfr. auch dessen Comm. in libr. IV. Cod. et tertiam partem Dig.: in Tit. XIX. Lib. IV. Cod. et Tit. III. Lib. XXII. Pand.

Sie begnügen sich mit der Bemerkung,[2]) daß es drei legitimae probationes gebe, woran man die alte Aristotelische Eintheilung in künstlichen und unkünstlichen Beweis erkennen könne, nämlich argumenta, testes und instrumenta, daß die beiden letztern Arten eigentliche probationes seien im Gegensatz zu den praesumtiones, daß diese eben nur argumenta, coniecturae seien, communi sensu perceptae ex eo quod plerumque fit quodque plerumque intelligitur, daß von diesen argumenta oder praesumtiones wenig in iure civili gehandelt werde, weil sie auf der natürlichen Verbindung der beweisenden Thatsache mit der zu beweisenden ruhten und das Recht weder etwas zu dieser Verbindung zufügen noch etwas an ihr ändern könnte, und daß die Präsumtion bisweilen die Beweislast auf den Gegner wälze, also eine Ausnahme von der Regel: ei incumbit probatio qui dicit, bilde.

In den Werken des Mascardus und Pacianus über den Beweis[3]) werden die Präsumtionen zu den Beweismitteln gerechnet und es wird ihnen als solchen eine ausführliche Besprechung zu Theil. Ein Fortschritt in der Behandlung ist aber nicht wahrzunehmen. Es ist ein meist critikloses Aufstellen und Zusammenstellen der Ansichten der Vorgänger und ein buntes Durcheinander der verschiedensten Grundsätze. Es wird der Begriff der Präsumtion im Allgemeinen angegeben als ein aus wahrscheinlichen Conjecturen abgeleitetes Glauben, eine von der Wahrscheinlichkeit hergenommene Schlußfolgerung, als voller oder halbvoller Beweis einer zweifelhaften Thatsache aus einem Indicium; es werden die einzelnen Arten aufgezählt, nämlich praes. iuris et de iure, iuris und hominis, daneben aber auch praes. naturae und temeraria; es wird die schon stehend gewordene Controverse besprochen, ob die Präsumtion propria et vera probatio, oder ob sie relevatio ab onere probandi sei; es wird die schon

---

[2]) Donellus de iure civ. Lib. XXV. de prob. — Cuiac. Rubr. Tit. Dig. 22, 3, (op. omn. Venet. 1758. Vol. VII. col. 849.) Cfr. auch Cuiac. Vol. I. col. 678.

[3]) Jos. Mascardi de probationibus Vol. 3. — Fulvii Paciani Tractatus de probationibus.

von der Glosse — nur daß da von praes. hominis gesprochen wird — erwähnte Doppelwirkung der praes. iuris hervorgehoben, daß sie onus probandi transfert in reum, daß aber auch derjenige, gegen den resp. für dessen Gegner sie spricht, duriori probatione afficitur; zu beurtheilen, welche Wirkung die praes. hominis, d. h. diejenige, deren Wirkung nicht im Recht ausgedrückt ist, habe, wird dem Ermessen des Richters überlassen, dabei aber gesagt, daß zum transferre onus probandi eine praes. temeraria und levis gar nicht, eine praes. violenta nur dann genüge, wenn sie auch zur Verurtheilung hinreicht.[4]) — Wenn es noch eines besondern Belegs für das oben ausgesprochene Urtheil, daß wir hier ein critikloses Wiedergeben der verschiedensten Grundsätze finden, bedarf, so wird diesen eine Stelle des Mascard liefern: „eine praes. probabilis d. h. eine solche, welche der Richter ex signis et indiciis entnimmt und welche ex aliquibus suspicionibus entsteht, gilt und beweist, so daß der Richter nicht von ihr abgehen kann (ei standum est), so lange, bis das Gegentheil bewiesen ist; denn der Gegenbeweis gegen sie ist zuläßig, und sie macht nur semiplena probatio; wenn ein Zeuge oder eine andere ähnliche Präsumtion hinzukommt, beweist sie voll; sie bewegt den Richter keineswegs, demjenigen, für den sie spricht, den Erfüllungseid zuzuerkennen"![5]) —

In dieser Periode fängt man zuerst an, die Lehre von den Präsumtionen selbstständig in besonderen Abhandlungen zu bearbeiten. Es ist dies geschehen in den beiden Werken: Andreae Alciati Tractatus de praesumtionibus und Jacobi Menochii de praesumtionibus, coniecturis, signis et indiciis Commentaria. Da die späteren Schriftsteller mehr oder weniger an deren Darstellung anknüpfen und die von jenen aufgestellten Grundsätze adoptiren oder sie bekämpfen, auch nie wieder quantitativ so viel über diesen Gegenstand geschrieben worden ist, so erscheint es nicht überflüßig, ihre Auffaßung wenigstens in den Grundzügen mitzu-

[4]) Cfr. Masc. I. qu. 4. Pacian. Lib. I. cap. 2. — Masc. I. qu. 10. Pac. I. cap. 8, 9, 11, 12, 51.

[5]) Masc. l. c. I. qu. 10. Nr. 82 — 84.

theilen, während natürlich das Specielle erst bei Erörterung einzelner Fragen berücksichtigt werden kann.

Alciat schickt zunächst einen aus tres partes bestehenden allgemeinen Theil voraus. Die erste pars beschäftigt sich mit dem Unterschied zwischen Fiction und Präsumtion, der darin gefunden wird, daß diese in veritate fundatur, die Fiction aber legis adversus veritatem dispositio ist. Die zweite handelt nach einer kurzen Bemerkung über die Etymologie und die Bedeutung des Wortes praesumere hauptsächlich von der praes. iuris et de iure; es ist die dispositio legis aliquid praesumentis et super praesumto tanquam sibi comperto statuentis. Der Name erklärt sich daraus, daß praes. iuris diejenige heißt, die vom Gesetz eingeführt ist, und de iure wird sie deßhalb genannt, weil super tali praesumtione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate. Daraus wird dann der Schluß gezogen, daß gegen dieselbe Gegenbeweis nicht zuläßig ist, ein Satz, der freilich durch Limitationen beschränkt wird. Der dritte Theil endlich hat die praes. iuris zum Gegenstand. Die Definition derselben lautet: est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non adducto pro veritate habetur. Dieser Begriff wird dann in seine einzelnen Bestandtheile zerlegt und eine Erklärung derselben gegeben. Probabilis: jede praes. legis gründet sich auf Wahrscheinlichkeit und zwar ist diejenige die wirksamere, welche die wahrscheinlichere ist; coniectura: da die Präsumtion von der Beweislast befreit, so ist sie nicht eigentlich Beweis, jedoch stellt das Gesetz die beiden Fälle, ob Jemand beweist oder ob er eine praes. iuris für sich hat, gleich; ex certo signo proveniens: die Präsumtionen entstehn ex certis sedibus, aus diesen folgen dann jene, und diese sedes, praesupposita, signa, müssen natürlich zuerst feststehn, z. E. bei der Präsumtion, daß ein Vater seinen Sohn liebe, welche eben aus diesem Verhältniß zwischen den beiden Personen hervorgeht, muß die Existenz dieses Verhältnisses nöthigenfalls bewiesen werden. Diese signa aber sind entweder necessaria, z. E. ein Frauenzimmer, welches geboren hat, hat concumbirt, oder verisimilia, z. E. ein Frauenzimmer, welches mit fremden Männern heimlich umherstreift, ist nicht keusch. Nur diese

letzteren gehören hierher. Es ist hiernach die oben gegebene Definition noch etwas einzuschränken: nicht jede probabilis coniectura ex certo signo proveniens ist eine praes. iuris, sondern nur diejenige, wo die signa, aus denen sie entnommen wird, blos verisimilia, nicht auch die, wo dieselben necessaria sind, d. h. der Zusammenhang der zu beweisendn Thatsache mit dem bewiesenen oder sonst feststehenden signum, der Schluß von diesem auf jene, darf nicht ein absolut nothwendiger sein. Denn dann könnte davon, daß es sich in Wahrheit anders verhielte, gar nicht die Rede sein, während bei der Präsumtion, bei dem nur wahrscheinlichen Schluß, die Bedeutung die ist, daß der Schluß für wahr gehalten wird, alio non adducto. Dieses alio non adducto wird nicht erläutert, es soll aber heißen: wenn nicht Gegenbeweis geführt wird; wobei freilich fraglich bleibt, auf welche Weise das geschehen soll, ob Beweis des Nichtseins der streitigen und durch die Präsumtion zur Gewißheit erhobenen Thatsache verlangt wird, oder ob es, um der Präsumtion diese Wirkung zu entziehn, genügt, wenn ein anderes signum verisimile vom Gegner beigebracht wird. — Nach dem bis jetzt angeführten Inhalt dieser letzten Abschnitte des allgemeinen Theils könnte man annehmen, Alciat nenne eine jede solche probabilis coniectura ohne Weiteres praes. iuris, einerlei ob sie im Recht aufgestellt ist oder nicht. Es wäre jedoch dann der Name ganz unbegreiflich, und daß dies in der That nicht seine Ansicht ist, geht aus der Pars II. Nr. 5. hervor, wo er bei Erklärung des Namens praes. iuris et de iure sagt: praes. iuris dicitur, quae a lege introducta est, und dies wird bestätigt durch die im Folgenden aufgestellten einzelnen Präsumtionen, hinsichtlich deren immer auf ein Gesetz Bezug genommen wird, wenn auch die Ableitung einer Präsumtion aus einem Gesetz häufig gewagt genug ist. Die sogen. praes. hominis erwähnt Alciat gar nicht, obgleich doch die Frage nahe gelegen hätte, was denn von solchen probabiles coniecturae gelte, die nicht im Recht aufgestellt sind. — Von diesen praes. iuris handelt er nun — trotzdem daß Quinctilian von den signa verisimilia sage, es seien ihrer unzählige, und Bartolus die Meinung ausspreche, es könne diese Materie gar nicht in bestimmte Regeln

gefaßt werden — in dem folgenden speciellen Theil und bringt sie unter drei Regeln: prima regula, quod qualitas, quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur, secunda, quod mutatio non praesumitur, tertia quod semper fit praesumtio in meliorem partem. Unter diesen Rubriken finden, wie gesagt, die einzelnen Präsumtionen Platz, in welcher Weise, will ich an einigen Beispielen zeigen. Als praesumtio naturae — so wird die in der ersten Regel ausgesprochene allgemeine Präsumtion auch genannt — wird zunächst aufgeführt die Liebe zwischen Eltern und Kindern und zwischen Verwandten überhaupt, woraus sich dann wieder viele der folgenden Präsumtionen ableiten lassen, z. E. daß die Enterbung eines Kindes als bona mente geschehn, daß das auf die Erziehung eines Kindes Verwandte als geschenkt, daß der Vater die Tochter aus eigenem Vermögen dotirend präsumirt wird u. a.; ferner wird hierher gezählt die Präsumtion, daß jeder Mensch vernünftig sei, daß das von einer Frau im elften Monat nach dem Tod des Mannes geborne Kind nicht das Kind dieses Mannes sei, daß Jemand mehr für seine eigenen Angelegenheiten besorgt sei als für fremde, daß von zwei zusammen Umkommenden der Schwächere zuerst gestorben sei u. s. w. Als Ausfluß der Regel mutatio non praesumitur und als darunter gehörig wird die Präsumtion hingestellt, daß jede Sache frei, also nicht feudal, nicht durch Servituten beschränkt sei, daß ein ehelicher Sohn auch in der patria potestas seines Vaters stehe, daß semel malus semper malus, olim obligatus hodie obligatus, olim dominus hodie dominus sei, überhaupt de praeterito ad praesens und de praesenti ad praeteritum präsumirt werde; diese Regel gelte nur da nicht, wo, wie beim Alter, durch blosen Zeitablauf eine Aenderung herbeigeführt werde. Unter der dritten Regel endlich wird zusammengestellt: quilibet praesumitur bonus und idoneus, eine Handlung wird als eine freiwillige, nicht als eine erzwungene präsumirt; Delict wird nicht präsumirt; es besteht eine Präsumtion für den Richter, für den Eid, für das Inventar; die praes. Muciana; die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant; quilibet praesumitur scire iura, accomodare voluntatem secundum leges; praesumitur ut actus valeat.

Daß Alciat in seinem Bestreben, diese confusa et inextricabilis materia auf möglichst einfache Grundsätze zurückzuführen, zu weit gegangen und daß diese Eintheilung eine verfehlte ist, bedarf kaum einer besonderen Darlegung. Sie ist unlogisch und ungenügend. Die erste Regel sagt positiv: etwas wird präsumirt, die zweite sagt aus, daß etwas nicht präsumirt werde, nach der dritten wird weder etwas bestimmtes präsumirt, noch etwas bestimmtes nicht präsumirt, sondern dem Richter vorgeschrieben, sich im Zweifel mehr auf die eine Seite, in meliorem partem, zu neigen. Die beiden ersten Regeln sind bestimmte Präsumtionen, die letztere eine Regel über Präsumtionen im Allgemeinen, die auch auf die unter die erste und zweite gehörigen Fälle anwendbar wäre. Aus der ersten Regel entspringen eine Reihe einzelner Präsumtionen, z. E. die Elternliebe (Reg. I. pr. 1.) und aus der Präsumtion, daß Eltern ihre Kinder lieben, wird wieder die andere abgeleitet, daß der Vater die Erbschaft seines Sohnes nicht durch Vermächtnisse mindern wolle, und daraus folgt dann, daß, wenn postumus geboren wird, große Legate nicht geschuldet werden (praes. 13.) Ist das der einfache Begriff der Präsumtion als probabilis coniectura ex certo signo proveniens? Was versteht Alciat unter der qualitas, quae naturaliter inest homini, wenn er (praes. 12.) sagt: es wird nicht präsumirt, daß Jemand, der seine Sclavin frei macht, die von derselben gebornen Kinder in der Sclaverei lassen will? Mutatio non praesumitur! Ist die Veränderung eines bestehenden Zustandes das Einzige, wovon sich sagen läßt, es werde nicht präsumirt? Wenn die erste Regel lautet: qualitas naturalis semper adesse praesumitur, läßt sich das nicht auch ausdrücken: qualitatis naturalis mutatio non praesumitur? Wenn vorgeschrieben wird, es solle in meliorem partem präsumirt werden, so drängt sich sofort die Frage auf, was denn in Civilsachen die melior pars sei. Nach Reg. III. pr. 28. soll angenommen werden, daß ein Lehn ein feudum antiquum, nicht ein novum sei, weil sonst die Agnaten ausgeschlossen würden; nach praes. 25, daß der Sohn seine Militia mit dem Geld seines Vaters gekauft habe, so daß der Gläubiger des Vaters, dem dessen Vermögen verpfändet ist,

sein Pfandrecht gegen denselben geltend machen könne. Warum wird gerade zu Gunsten der Agnaten, zu Gunsten des Pfandgläubigers präsumirt? Was haben diese Fälle für Aehnlichkeit mit dem Satz: quilibet praesumitur bonus (praes. 2.) oder mit der praes. Muciana (praes. 26.)? Wenn in Folge dieser letzten Regel nie für ein Delict, sondern immer für Erlaubtheit einer Handlung präsumirt werden soll, (praes. 1.), wie verträgt sich damit der Ausspruch (Reg. II. pr. 5 Nr. 1, 2), daß nach canonischem Recht aus dem Beischlaf nicht matrimonium, sondern fornicatio präsumirt werde, weil in dubio peccati capitur praesumtio tutior pro anima et sic, quod sit peccatum? Unter welche dieser drei Regeln bringt man endlich z. E. die in Bezug auf Zahlung einer Schuld, die bei Substitutionen, bei der ademtio legati geltenden Präsumtionen u. a.?

Also die certae regulae, mit denen Alciat das Gebiet der Präsumtionen soviel als möglich zu umfassen glaubt, sind höchst mangelhaft, obgleich sich bei Erörterung der einzelnen Präsumtionen vielfach verständige Ansichten finden.

Menoch — der wie schon erwähnt gewöhnlich als Vater dieser Lehre bezeichnet wird und diesen Titel verdient, insofern man auf das Quantum sieht, was er für sie gethan hat, da nie, weder vorher noch nachher, soviel über diese Materie zusammengeschrieben worden ist, der aber auf den ihm von seinen Zeitgenossen beigelegten Namen eines Bartolus und Baldus einen Anspruch, wenigstens im guten Sinn, nicht hat — giebt gleichfalls zuerst einen allgemeinen Theil, der das erste Buch des einen dicken Folianten füllenden Werkes bildet und in 100 Quaestiones die leitenden Grundsätze enthalten soll. Die folgenden vier Bücher beschäftigen sich mit den einzelnen Präsumtionen nach den verschiedenen Gebieten des Rechts, in denen sie vorkommen: praesumtiones, quae versantur circa iudicia, circa contractus, circa ultimas dispositiones et voluntates morientium, circa delicta et maleficia. Das letzte Buch endlich umfaßt unter dem Titel Miscellanea diejenigen Präsumtionen, die er unter einer der vorhergehenden Rubriken nicht hat unterbringen können.

Wie das ganze Werk des Menoch viel weitläufiger angelegt ist, als das des Alciat, so ist auch der allgemeine Theil weit ausführlicher. Es finden sich hier alle die Fragen zusammen erörtert, die vereinzelt bei den verschiedenen frühern Schriftstellern schon besprochen oder auch nur angedeutet sind. Wie Duaren unterscheidet Menoch zunächst künstlichen und unkünstlichen Beweis und behandelt erstern, dessen Wesen er (Lib. I. Praef. Nr. 8—10) dahin bestimmt, daß bei ihm aliquibus positis oratoris vel Jureconsulti ars et prudentia est videre, quae inde velut quaedam consequentia trahuntur, als synonym mit praesumtio (Lib. I. qu. 2). Er referirt die verschiedenen Eintheilungen Anderer und critisirt dieselben zum Theil; er selbst nimmt als die der von Quinctilian aufgestellten Eintheilung am meisten entsprechende die in praes. iuris et de iure, iuris und hominis an, und zwar bestimmt er deren Unterschied genauer als es früher geschehen ist: bei der erstern ist der Schluß von der feststehenden Thatsache auf die zu beweisende ein nothwendiger, bei den beiden letztern nur ein wahrscheinlicher; diese weichen von einander nur darin ab, daß die eine vom Gesetz ausdrücklich gebilligt ist, die andere nicht, eine Unterscheidung, die auch nur bei den Juristen, nicht bei den Rhetoren vorkomme. Da aber das Gesetz nicht alle Fälle umfassen kann, so meint Menoch, auch wenn eine Präsumtion nicht im Gesetz geschrieben stehe, aber große Verwandtschaft und Aehnlichkeit mit einer geschriebenen habe, müsse sie in Bezug auf die Wirkung gleich beurtheilt werden (qu. 3—5). Damit ist freilich der zwischen praes. iuris und hominis aufgestellte Unterschied so gut wie aufgehoben. Sodann wird erörtert der Begriff von argumentum, signum, exemplum, aus welchen nach Aristoteles und Quinctilian die Präsumtion besteht, ferner der Unterschied zwischen praesumtio, indicium, signum, coniectura, suspicio, adminiculum, sowie zwischen praesumtio und fictio, ohne daß dadurch viel für das Verständniß des Wesens der Präsumtion gewonnen würde (qu. 6 squ.). Nach Aufzählung der Ansichten Anderer über die sedes et loca, e quibus praes. ducuntur, nennt er selbst deren sechs: persona, causa, factum, dictum, non factum, non dictum (qu. 13), denen dann in den folgenden Quaestiones

eine ausführliche Besprechung zu Theil wird, wobei sich das Unzureichende und Unpassende derselben zeigt. So wird präsumirt a personae qualitate, daß der Greis vor dem Jüngling stirbt, das Weib unbeständiger ist als der Mann, die schwächere von zwei Personen den Streit nicht angefangen hat, daß semel malus semper malus u. a. (qu. 15); a causa: hiervon giebt es wieder verschiedene Arten, amor, spes, metus etc. und a metu wird z. E. die Präsumtion hergenommen, daß eine junge Frau, die ein kleines Kind hat, nicht freiwillig, sondern gezwungen das Gelübde der Keuschheit abgelegt hat (qu. 17). Aehnlich ist auch das Folgende. Ex facto: factum sequens declarat voluntatem praecedentem, ex facto praeterito ad tempus praesens und futurum, sowie auch a praesenti ad praeteritum und futurum, ja a futuro ad praesens und praeteritum praesumitur (qu. 19); a verbis: non praesumendus est quisquam dicere, quod non prius mente agitaverit; a non factis u. non dictis endlich (qu. 23) wird regelmäßig nicht präsumirt, es ist dies nur ausnahmsweise der Fall, nämlich dann, wenn der Betreffende etwas zu thun oder zu sagen verpflichtet war, sowie auch, wenn das Gesetz selbst daraus eine Präsumtion entnimmt, wie z. E. in l. 4 de vulg. 28, 6: wenn der Vater sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt und ihm einen Vulgarsubstituten ernannt hat, so wird dieser auch als Pupillarsubstitut betrachtet, obgleich das vom Erblasser nicht gesagt ist! — Die Fragen, wie Präsumtionen durch Gegenbeweis oder durch andere Präsumtionen aufgehoben werden, ob die Präsumtion onus probandi transfert, ob sie stärker als halber Beweis, ob sie eigentlicher Beweis, ob die praes. iuris eine dispositio legis oder hominis, ob Ausdehnung derselben zuläßig, ob Allegation derselben nothwendig, ob bei schwierig zu beweisenden Dingen schon eine praesumtio hominis ausreichend sei — diese und andere Fragen werden ausführlich besprochen. Menoch hat das Verdienst, die in dieser Lehre auftauchenden Fragen schärfer gefaßt und schätzbares Material zu ihrer Beantwortung zusammengetragen zu haben; seine eigene Beantwortung der Fragen kann nicht immer befriedigen.

Nach Menoch wird zwar hie und da dieser Lehre noch eine selbständige Bearbeitung zu Theil, aber es werden entweder nur einige Hauptgrundsätze über Begriff und Arten der Präsumtionen aufgestellt, wie dies bei Corasius[6]) der Fall ist, oder es wird überhaupt nicht die ganze Lehre behandelt, sondern nur ein einzelner Theil daraus, wie dies z. E. Mantica[7]) in Bezug auf die bei letztwilligen Dispositionen vorkommenden Präsumtionen thut.

Der Erste scheint zunächst nur von Präsumtionen in Bezug auf einen zweifelhaften Willen sprechen zu wollen und darauf paßt denn auch die Definition der Präsumtion als verisimilis opinio, quae vel ex scriptura legis vel ex gesto ab uno pluribusve negotio probabiliter colligitur, obgleich dann im Folgenden die Rede von Präsumtionen ist, die mit dem Willen nichts zu thun haben. Als die gewöhnliche Eintheilung, die er zu billigen scheint, nennt er die des Menoch; als praes. hominis bezeichnet er die quae a iudice fit in casibus a lege ad speciem non praesumtis; wenn sie iusta und vehemens ist, genügt sie, namentlich bei schwer zu beweisenden Dingen, zur Urtheilsfällung. Als sedes oder fontes der Präsumtionen stellt er drei auf: natura, lex, accidens. Die natura ist ihm die Hauptquelle und er folgt hierbei, indem er an die Spitze den Satz stellt: quae naturaliter nobis insunt, perpetuo adesse creduntur, fast durchgehends der Darstellung des Alciat, wie auch die lex der dritten und das accidens der zweiten Regel des Alciat, trotz der ganz verschiedenen Fassung, entspricht. Denn lex ist nach ihm nur insofern Quelle der Präsumtionen, als das Gesetz die Natur in coniectando befolgt und omnia in meliorem partem capit, so daß im Zweifel immer die benignior sententia vorzuziehen ist; und die Berechtigung der accidentia als Quelle der Präsumtionen aufzutreten ist nicht minder bedenklich als der Satz: mutatio non praesumitur, als dessen Verallgemeinerung das Erwähnen jener aufzufassen ist: denn es heißt, accidentia als der Natur widersprechend sollten regelmäßig nicht präsumirt werden,

[6]) Opera Tom. II. Lib. de iuris arte Pars III. cap. 7—10.

[7]) De coniecturis ultimarum voluntatum libri XII.

und daraus wird dann gefolgert, daß das Gegentheil vermuthet werde, z. E. ein Grundstück ist von Natur frei, es kann nur durch ein accidens mit Servituten belastet werden, da nun ein accidens nicht präsumirt wird, so muß consequent jede Sache als frei präsumirt werden.

Mantica schickt, ehe er auf sein specielles Thema eingeht, in den zwei ersten Titeln des ersten Buchs einige allgemeine Sätze voraus, die sich in der Hauptsache der Darstellung des Menoch anschließen. Er behandelt, trotz einer sich selbst corrigirenden Bemerkung, daß man besser sage, die Präsumtion entstehe aus der Conjectur, Conjecturen und Präsumtionen als gleichbedeutend. Die coniectura legis ist a lege inventa aut approbata, sie überträgt die Beweislast und stärkt bisweilen auch den nichtvollen Beweis; die coniectura hominis ist in iure non expressa, sondern dem Richter überlassen; die coniectura legitima et necessaria oder praes. iuris et de iure erwähnt er eben nur, um zu sagen, daß sie bei letztwilligen Verfügungen gar nicht vorkomme, weil es hier keine Präsumtionen gebe, gegen die nicht Gegenbeweis zulässig sei. Ferner wird eine Eintheilung der Conjecturen nach Graden referirt, von coniectura levis, gravis, violenta, oder temeraria, probabilis, violenta, necessaria und probabilis, plene probans und plene non probans gesprochen, und dann mit Erwähnung der Eintheilung nach den Subjecten oder der Materie, worauf sie sich beziehn, der Uebergang gemacht zu denjenigen Conjecturen, die sich auf die Interpretation der letztwilligen Dispositionen beziehn.

## §. 8.

## Die Lehre im 17. und 18. Jahrhundert.

Die Lehrbücher des 17. und 18. Jahrhunderts behandeln, wie ja dies der Character der Methode dieses Zeitraumes überhaupt ist, die Lehre von den Präsumtionen bei Gelegenheit des Haupttitels de probationibus et praesumtionibus, nur daß an Stelle der Exegese der einzelnen leges eine mehr systematische Darstellung getreten ist. Neues aber bringen im Ganzen weder die Holländer, die der Richtung der französischen Schule folgen, noch die Deutschen, die sich davon ab und mehr der frühern italienischen

die Modernisirung des Rechts anstrebenden Richtung zuwenden. Die Dreitheilung kehrt fast stereotyp wieder; in Bezug auf die praes. iuris et de iure herrscht Uebereinstimmung darin, daß man den Gegenbeweis gegen sie als unzulässig ausschließt und sie für genügend zur Urtheilsfällung erklärt; ob etwas praes. hominis ist und wie viel Wichtigkeit der Richter ihr beilegen will, hängt von dessen Ermessen ab, während von den praes. iuris d. h. denjenigen, die vom Gesetz eingeführt sind, das Gegentheil gilt. Die Präsumtion ist Beweis durch wahrscheinliche Argumente, sie ist nicht selbst Schlußfolgerung, sondern durch Schlußfolgerung herbeigeführt als Wirkung; sie ist durch Beweismittel entstandenes Meinen, Fürwahrhalten einer Thatsache; sie unterscheidet sich vom Beweis dadurch, daß sie die Sache zweifelhaft läßt, während durch den Beweis Gewißheit erbracht wird, und doch ist ihr Zweck, daß sie die Ueberzeugung des Richters begründet und denjenigen, für den sie spricht, von der an sich ihm obliegenden Beweislast befreit; der Beweis durch Präsumtionen macht plena fides, durch welche Präsumtion aber dieses Resultat herbeigeführt wird, wird der Beurtheilung des Richters überlassen, und doch wird daneben gesagt, daß das Gerücht über den Tod eines Menschen eine solche Präsumtion erzeugt, welche die Beweislast auf den Gegner des den Tod Behauptenden überträgt; die Argumente beim künstlichen Beweis sind entweder nothwendige oder wahrscheinliche, aus letzteren entstehen die Präsumtionen u. s. f.[1]) Es finden also die verschiedenen, früher bereits aufgestellten Ansichten ihre Vertreter und Vertheidiger, einen Kampf und eine Critik giebt es aber nicht, jeder stellt seine Ansicht hin, unbekümmert um die des Andern, oder wenn er eine solche auch erwähnt, so geschieht es doch ohne den ernstlichen Versuch sie zu widerlegen.

Eine rühmliche Ausnahme macht die unter J. H. Böhmer vertheidigte Abhandlung de collisione praesumtionum[2]). Er

---

[1]) Cfr. diese verschiedenen Aussprüche z. E. bei Voet Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. III. §. 14—18. Lauterbach Collegium theoretico-pract. eodem §. 42 squ. Meier Colleg. Argent. eod. §. 14. squ. Leyser Medit. ad Pand. Vol. XII. Spec. 95, 96. Struve Syntagma iur. civ. Exerc. XXVIII. ad T. D. XXII. 3.

[2]) Exerc. ad Pand. Tom. IV. exerc. 56. ad T. D. 22. 3.

verwirft den Begriff der praes. iuris et de iure als einen willkürlich erfundenen, der keine Bedeutung habe, denn die Präsumtionen gehören nach ihm zum künstlichen Beweis, betreffen immer eine zweifelhafte Sache und erschließen aus den Umständen die Wahrscheinlichkeit; die sogen. praes. iuris et de iure enthalten aber eine wahre Disposition des Gesetzes, da sie den nicht einmal dem wahren Beweis gegenüber ausgeschlossenen Gegenbeweis nicht zulassen. Er setzt nicht, wie Menoch gethan, das Wesen der praes. iuris darein, daß sie in einem Gesetz erwähnt ist; aus dieser Erwähnung im Gesetze erhält eine Vermuthung kein größeres Gewicht, es müssen, damit von einer praes. iuris gesprochen werden kann, drei Voraussetzungen vorhanden sein: daß das Gesetz etwas vermuthet ex certis coniecturis, daß dasselbe das Vermuthete einstweilen für wahr hält, und daß es zugleich den Gegenbeweis für zulässig erklärt. Nach Böhmer lassen sich daher alle Präsumtionen in zwei Classen bringen: sie sind entweder simplices oder qualificatae et determinatae. Diese liegen vor, wenn das Gesetz nicht nur präsumirt, sondern bestimmt, daß das Präsumirte bis zum Beweis des Gegentheils für wahr zu halten sei; jene, wenn von einem Menschen oder von einem Gesetze, dem es an einer solchen Bestimmung fehlt, ein Schluß ex legitimis coniecturis gezogen wird. Die qualificata befreit vom Beweis, die simplex unterstützt nur den Beweispflichtigen; jene muß der Richter im Zweifel befolgen wie eine gesetzliche Vorschrift, diese nicht, wenn nicht andere Conjecturen hinzukommen. Böhmer ist der Erste, der die Interpretationsregeln als nicht zu den Präsumtionen gehörig davon scheidet und die Aehnlichkeit und Verschiedenheit beider erörtert, sowie der Erste, der von der Collision der Vermuthungen in solcher Ausdehnung handelt. Eine Prüfung der von ihm aufgestellten Grundsätze kann erst später erfolgen. [3]) —

## §. 9.

### Die Lehre in diesem Jahrhundert.

Hervorzuheben sind hier vor Allem zwei Schriften, die diese Materie zum Gegenstand einer besonderen Darstellung machen, die

---

[3]) Cfr. unten §. 26. 30. 33.

von Weindler und von Feuerlein[1]). Während die meisten Darstellungen der früheren Zeit dadurch gekennzeichnet sind, daß sie am Buchstaben der Gesetze kleben und wo das Wort praesumitur, videtur, intelligitur u. ä. vorkommen, sofort eine Präsumtion aufstellen, lassen diese das positive Recht mehr oder weniger unberücksichtigt, construiren eine Theorie a priori nach philosophischen Grundsätzen und wenden nur gelegentlich die römischrechtlichen Bestimmungen zur Bestätigung des so gefundenen Resultats an. Wenn man nun auch dieser Methode an sich die wissenschaftliche Berechtigung nicht absprechen kann, so ist doch die Durchführung nicht der Art, daß man sich mit den Ergebnissen überall einverstanden erklären könnte; sie kommen mit ihren philosophischen Grundsätzen zu größeren practischen Verkehrtheiten als ein Menoch; der Vorwurf, den Weindler[2]) den Casuisten macht, daß sie statt durchgreifende Regeln und allgemeine Grundsätze aufzustellen blos unendlich viele einzelne Fälle erdichtet und entschieden hätten, gleichsam als hätten sie den abenteuerlichen Gedanken gehabt, durch Erfahrung das unendliche Feld der Erfahrung zu ermessen, ist an sich wohlbegründet, aber die Casuisten entscheiden ohne Princip richtiger als Weindler mit Princip[3]). Es ist indeß doch entschieden in diesen beiden Abhandlungen trotz mancher Mängel die Lehre einer gründlichern Prüfung unterworfen, als es in den meist weit umfangreichern Werken der frühern Zeiträume geschehen ist; eine kurze Mittheilung des Inhalts derselben wird dies bestätigen.

Weindler geht davon aus, daß der Staatsschutz nicht durch mathematische Gewißheit bedingt sein kann, sondern daß dazu juristische Gewißheit genügt. Wenn der Zusammenhang einer gewissen Thatsache mit der zu beweisenden ungewissen Thatsache ein nothwendiger, sei es auch nur ein rechtlich nothwendiger, ist,

---

[1]) Matth. Weindler über Vermuthungen vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre. Landshut 1801 — A. W. Feuerlein Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen in Gönner's Archiv f. Gesetzg. IV. pg. 1. ff. (1810).

[2]) a. a. O. §. 6.

[3]) cfr. z. E. die in §. 56 angeführten Fälle, an denen W. sein Princip, daß alle Vermuthungen erst unter gewissen Bedingungen zur juristischen Gewißheit werden, erörtert.

so liegt volle Kenntniß, juristische Gewißheit vor; der Gegensatz davon ist, wenn der Schluß ein nur möglicher ist, dann hat man nur ungewisse Kenntniß. Bei diesem Zustand der Unkenntniß, im Gegensatz zur vollen Kenntniß, ist aber wieder eine doppelte Möglichkeit denkbar: entweder sprechen gleich viel Gründe für das Sein wie für das Nichtsein, dann schwebt man im Zustand der Zweifelhaftigkeit, oder die Gründe für das Eine überwiegen und dann ist dies wahrscheinlich, das Andere unwahrscheinlich. Von Vermuthung ist nun weder da die Rede, wo man volle Kenntniß hat, noch da, wo etwas unwahrscheinlich ist, noch auch da, wo man sich im Zustand der Zweifelhaftigkeit befindet, sondern Vermuthung ist der juristisch wahrscheinliche Schluß von der Existenz einer Thatsache auf die einer anderen, so daß das Gegentheil nur noch als möglich gedacht werden kann. Dieser Begriff wird dann in seine einzelnen Merkmale zerlegt und diese werden ausführlich untersucht; am wichtigsten ist der Satz, daß der Grund, aus dem eine Thatsache erkannt werden soll, nicht nothwendig mit dem zu Begründenden zusammenhängen darf, daß sich Fälle denken lassen müssen, wo der Schluß ein Trugschluß ist, daß der Zusammenhang zwischen dem Vermuthungsgrund und dem Vermutheten erst dann ein nothwendiger wird, die Vermuthung erst dann zur Gewißheit führt, wenn gewisse Thatsachen existiren oder nicht existiren, wenn noch etwas hinzukommt oder nicht hinzukommt; z. E. ein Zeuge sagt eine Thatsache aus: die Thatsache wird vermuthet; kommt noch ein zweites gleichförmiges Zeugniß hinzu, so ist die Thatsache gewiß; oder die Zeugungsfähigkeit wird vermuthet, dieselbe ist gewiß, wenn nicht Naturcausalitäten gegeben werden, die eine Unfähigkeit begründen [4]) — Nachdem dann Weindler [5]) noch den Unterschied zwischen Vermuthung auf der einen und Beweis, Fiction, Auslegung und Analogie auf der andern Seite besprochen hat, wendet er sich zu der Eintheilung und Wirkung der Präsumtionen; den Schluß bildet die Frage nach den Wirkungen der Vermuthungen im Fall des Zusammen-

[4]) a. a. O. §. 3, 4, 8—12, 15—24.
[5]) a. a. O. §. 26—42.

treffens mehrerer.[6]) Der Eintheilungsgründe giebt es zwei: die Quellen, aus denen dieselben hervorgehen, und die Wirkungen, die sie äußern. Ursprünglich giebt es nur eine Quelle, die Vernunft; aber diese wirkt entweder blos ihren eigenen Gesetzen überlassen, so daß der Richter als Mensch schließt, nicht als Organ der Gesetze, oder sie wird geleitet vom Gesetzgeber, der Schluß liegt im Gesetz, der Richter braucht nur richtig nachzuschließen; das ist die gesetzliche Vermuthung, die wieder in die beiden Unterarten zerfällt: unmittelbar gesetzliche, wenn sie unmittelbar aus dem Gesetz zu erkennen ist, und mittelbar gesetzliche, wenn man sie nur mittelst Analogie als unter einem Gesetz enthalten denken kann. Größeres Gewicht legt Weindler auf die Eintheilung nach der Wirkung. Hiernach sind sie entweder gesetzlich qualificirte d. h. solche, deren Wirksamkeit die Gesetze selbst bestimmen; diese Bestimmung findet sich meist nur bei denjenigen, die den Beweis auf den Gegner übertragen, oder sie sind gesetzlich nicht qualificirte, die weil über ihre Wirkung die Natur der Sache entscheiden muß, den nicht gesetzlichen ganz gleichstehn. Nach der Natur der Sache muß man aber bei denjenigen Vermuthungen, deren Wirkung nicht gesetzlich bestimmt ist, den (schon oben bei Anm. 4 erwähnten) Unterschied machen: entweder die Vermuthung wird unter einer positiven, oder sie wird unter einer negativen Bedingung zur Gewißheit. — Was nun die Wirkung einer Vermuthung anbelangt, so ist es bei gesetzlich qualificirten einfach die im Gesetz ausgesprochene. Da dies hauptsächlich solche Vermuthungen sind, wo das Gesetz eine Thatsache von einer andern ableitet unter der Bedingung, wenn nicht das Gegentheil nachgewiesen zu werden vermag, und da nur unter dieser Voraussetzung die gegebene Vermuthung Entscheidungsgrund für den Richter sein kann, so muß der Richter darauf hinwirken, daß diese Voraussetzung eintritt, und muß daher derjenigen Partei, welche die Vermuthung gegen sich hat, den Beweis des Gegentheils nicht blos erlauben, sondern darauf erkennen. Versteht sich der Gegner gar nicht zur Führung des

---

[6]) a. a. O. §. 44—46. §. 47—62. §. 63—75.

Gegenbeweises, dann ist sofort juristische Gewißheit begründet; übernimmt er den Gegenbeweis und beweist nichts, dann gilt dasselbe, nach der Regel actore non probante reus absolvitur; ist das Gegentheil (daß nämlich das Vermuthete mit seinem Vermuthungsgrunde nicht zusammenhänge) voll bewiesen, dann wird gegen den Vermuthungshaber gesprochen; ist endlich der Gegenbeweis nicht vollständig erbracht, so wird auf Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt. Bei denjenigen Vermuthungen aber, deren Wirkung nicht im Gesetz ausgesprochen ist, darf man das Gewicht, welches ihnen beizulegen ist, nicht der Willkür des Richters überlassen, sondern es müssen nach der Natur der Sache (?) bestimmte Grundsätze aufgestellt werden. Auch solche Vermuthungen können den Beweis auf den Gegner übertragen, aber dies thun nicht alle; es fragt sich, welchen diese Wirkung zukommt. Zur Entscheidung dieser Frage wird der Satz an die Spitze gestellt, daß die Existenz der Thatsachen, welche Bedingungen sind, unter denen eine Vermuthung Gewißheit wird, von demjenigen zu beweisen sei, zu dessen bekanntem Zweck sie im Verhältniß nothwendiger Mittel stehen d. h. von dem, der sie behauptet, um daraus Rechte für sich abzuleiten, ein Satz, der aus der Beweisregel ei qui dicit incumbit probatio hervorgehe. Daraus wird gefolgert: Vermuthungen, die unter einer negativen Bedingung gewiß werden, befreien von der Beweislast, sie werden gewiß, wenn das Gegentheil von der Gegenpartei nicht erwiesen werden kann; Vermuthungen hingegen, die unter einer positiven Bedingung gewiß werden, befreien den Vermuthungshaber nicht vom Beweise, dieser muß selbst die Bedingungen noch erfüllen.

Es wird genügen, wenn wir diese eben angeführten Grundsätze über die Wirkungen der Vermuthungen, die entschieden den wichtigsten Theil der Abhandlung bilden, einer kurzen Critik unterwerfen. Und um diese mit einem Wort auszusprechen, so scheint mir die ganze Argumentation auf einem Cirkelschluße zu beruhen. Die Vermuthungen, die unter einer negativen Bedingung zur Gewißheit werden d. h. dann, wenn der Gegner das Gegentheil nicht beweist, befreien den Vermuthungshaber immer vom Beweis und übertragen die Beweis-

last auf den Gegner. Das heißt doch nichts andres als: diejenigen übertragen den Beweis auf den Gegner, welche bewirken, daß der Gegner beweisen muß, wenn er nicht unterliegen will. Also — wenn der Gegner beweisen muß, ist die Beweislast auf ihn übertragen! Und wenn man fragt, welche Vermuthungen es sind, die bewirken, daß der Gegner beweisen muß, wenn er nicht unterliegen will, so ist die Antwort wieder: diejenigen, die zur juristischen Gewißheit werden, wenn der Gegner nicht beweist! Danach könnte man den Satz ebenso gut fassen: die Vermuthung, die gewiß wird, menn nicht das Gegentheil bewiesen werden kann, bewirkt, daß das Gegentheil bewiesen werden muß, wie so: die Vermuthung, die bewirkt, daß das Gegentheil bewiesen werden muß, wird gewiß, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird. Es drängt sich die Frage auf: überträgt die Vermuthung das onus probandi und ist die Folge davon, daß sie gewiß wird, wenn nicht Gegenbeweis geführt werden kann, oder aber: wird die Vermuthung gewiß, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird und ist hiervon die Folge, daß onus probandi übertragen wird? Wenn das Eine ist, ist freilich auch das Andere; Uebertragen des onus probandi auf den Gegner und Sieg des Vermuthungshabers, wenn von jenem der Gegenbeweis nicht erbracht wird, gehen nothwendig Hand in Hand; es sind das aber doch nur verschiedene Ausdrücke für dieselbe Sache, dafür, daß Beklagter zu beweisen hat, nicht Kläger, sie stehn doch nicht in dem Verhältniß von Ursache und Wirkung, von Bedingung und Bedingtem. Die Frage ist ja gerade: welche Vermuthung verleiht den Sieg für den Fall, daß der Gegenbeweis nicht geführt wird? oder: welche Vermuthung überträgt onus probandi? Da kann man doch nicht antworten: diejenige überträgt onus probandi, die den Sieg verleiht, falls der Gegenbeweis nicht geführt wird; denn ebenso berechtigt wäre die umgekehrte Antwort: diejenige, welche das onus probandi überträgt, verleiht den Sieg, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird. — Und von den Vermuthungen, die unter einer positiven Bedingung (wenn noch etwas, noch ein Kenntnißgrund, wie z. E. die Aussage eines Zeugen hinzukommt) Gewißheit werden, sagt Weindler, daß sie nie von dem onus probandi befreien,

sondern daß immer noch ein Kenntnißgrund beizubringen sei. Das heißt also: Vermuthungen, die zur Gewißheit werden, wenn noch ein Kenntnißgrund beigebracht wird, befreien nie vom onus probandi, sondern — es muß noch ein Kenntnißgrund beigebracht werden. Also idem per idem! Die Wirkungen der Vermuthung sind identisch mit ihren Voraussetzungen. [7])

Ebenso wenig befriedigend ist das, was Weindler über die Collision der Vermuthungen vorbringt. Wenn zwei Vermuthungen in entgegengesetzter Richtung zusammentreffen, so äußert diejenige ihre Wirksamkeit, die sich zur andern verhält, wie die Ausnahme zur Regel. Um aber zu erforschen, welche die Ausnahme, welche die Regel bildet, muß man beide in Urtheilen ausgedrückt sich gegenüber stellen, die beiden Subjecte mit einander vergleichen und sich fragen, ob sie sich wie Gattung und Art verhalten, z. E. Thatsachen werden nicht präsumirt; wenn aber ein classischer Zeuge eine bestimmte Thatsache aussagt, so wird diese präsumirt; Thatsache ist Gattungsbegriff von allem, was geschieht, die bestimmte Thatsache ist eine Art dieser Gattung! Wenn sich die beiden Subjecte nicht unmittelbar wie Gattung und Art verhalten, (z. E. Schenkung wird nicht vermuthet — Schenkung wird vermuthet, wenn eine Nichtschuld wissentlich bezahlt ist), so muß man sehen, ob nicht ein solches Verhältniß durch ein höheres Subject begründet werde und ob dann nicht dieses den Gattungsbegriff für das andere abgebe (z. E. statt: Schenkung wird nicht vermuthet, muß man setzen: Thatsachen werden nicht vermuthet)! — Diese ganze Argumentation fällt, abgesehen von allem andern, was gegen sie vorgebracht werden kann, schon durch die einfache Bemerkung, daß, wenn das Vorhandensein einer Vermuthung für eine Thatsache in Abrede gestellt wird, damit noch nicht eine Vermuthung für das Nichtvorhandensein dieser Thatsache gegeben ist. Und der fernere Satz, daß da, wo Vermuthung und Gegenvermuthung sich nicht wie Regel und Ausnahme verhalten, beide sich aufheben, wenn der Grad der Wahrscheinlichkeit für beide gleich groß ist, während

---

[7]) Cfr. auch die Critik über die Weindler'sche Darstellung von den Wirkungen der Vermuthung bei Feuerlein a. a. O. §. 27.

sonst die dringende, d. h. die, welche die Mehrheit der Gründe für sich hat, vor der entfernten wirkt, zeigt sich als ohne alle practische Brauchbarkeit, wenn man festhält, daß nach Weindler selbst in diesen Fällen von Vermuthung gar nicht die Rede ist; denn sprechen gleich viele Gründe für das Sein wie für das Nichtsein, so befindet man sich im Zustand der Zweifelhaftigkeit, und wer zweifelt, vermuthet nicht; überwiegen aber die Gründe für das Eine, so ist eben dieses Eine nur wahrscheinlich, das Andere nicht, nur für jenes ist eine Vermuthung begründet, nicht für dieses.

Nach Feuerlein liegt der Grund, warum im positiven Recht keine allgemeinen Bestimmungen über die Präsumtionen getroffen sind, darin, daß dieser Begriff und ähnliche, z. E. der des Irrthums, unabhängig von der Gesetzgebung feststehe. Der Richter, der das Recht hat, Vermuthungen zu bilden, muß dabei nach denselben Gesetzen verfahren, die der Gesetzgeber bei Aufstellung seiner Vermuthungen befolgt; welches aber diese Gesetze sind, das ist nur nach der Natur der Sache auf rationelle Weise zu finden.

Beim künstlichen Beweis durch Schlußfolgerungen kann der Schluß auf die Existenz der bestrittenen Thatsache entweder aus einem Gesetz oder aus einer Regel, die für das Verhältniß zweier Thatsachen bestehen, gezogen werden. Dieses Verhältniß erkennt man entweder a priori durch Eindringen in das innere Wesen desselben, oder a posteriori, indem man es so aufgreift, wie es sich in der Erfahrung darbietet; im ersteren Falle findet man das Verhältniß nothwendig so und nicht anders constituirt und dieses nothwendige Verhältniß zweier Thatsachen construirt man zu einem Gesetz für dieses Verhältniß, welches den Character der Nothwendigkeit und Allgemeingiltigkeit an sich trägt; im anderen Fall ist das Verhältniß nur zufällig und man kann nur eine Regel daraus abstrahiren, die nie apodiktische Gewißheit giebt; wo das Gesetz zu tief liegt, müssen wir uns mit der durch öfteres Zusammentreffen bestätigten Regel begnügen. Die Regel nun, welche das Verhältniß zweier Thatsachen bestimmt, so daß das Verhältniß zwar nicht als nothwendig und gewiß, aber doch als wahrscheinlich und gewöhnlich angenommen werden kann, ist die Vermuthung im

Allgemeinen; wenn der Richter dann von der einen Thatsache auf die andere schließt, bildet er eine Vermuthung in concreto. Dem Richter liegt also eine doppelte Function ob: Bildung der Vermuthung in abstracto, der Regel, des Obersatzes, und Ableitung der Vermuthung in concreto aus jener, Subsumtion der gegebenen Thatsache unter die Regel. Die Vermuthung in abstracto ist der Zusammenhang zweier Thatsachen als Regel dargestellt, Vermuthung in concreto der Schluß von einer juristisch gewissen Thatsache auf eine andere, die nach einer allgemeinen Regel mit jener in Verbindung steht, doch so, daß das Gegentheil noch juristisch möglich ist. — Es handelt sich nun darum, wie diese Vermuthungsregeln gebildet werden. Und hier beutet Feuerlein in ganz unglücklicher Weise die Kant'schen drei Kategorien aus. Die Vermuthungsregeln sollen nämlich nach ihm gebildet werden nach den drei Formen des Verhältnißes, in welchem möglicherweise zwei Thatsachen stehen können: das Verhältniß ist entweder das von Substanz und Accidens, oder das von Ursache und Wirkung, oder das der Wechselwirkung. Das erste Verhältniß ist das wichtigste. Wenn ein Ding (Substanz) gesetzt ist, so sind auch seine bestimmten Qualitäten (Accidens) gegeben, wenigstens glauben wir dies so lange, bis ihr Mangel in der Wirklichkeit dargethan ist; denn ein Ding ist nur dadurch das bestimmte Ding, weil es diese bestimmten Qualitäten hat. Die Eigenschaften sind nun entweder absolute, Grundeigenschaften, die immer mit der Substanz da sind, diese werden mit dem Dasein der Substanz vermuthet, und das sind die allgemeinen Vermuthungen, z. E. homo praesumitur bonus, sanae mentis, praedium praesumitur liberum; oder es sind relative Eigenschaften, die erst dann in einem Ding enthalten angenommen werden, wenn diese Substanz mit andern Substanzen in Verbindung gebracht wird, wenn ein Ding in einem besonderen Verhältniß zu andern Dingen steht, z. E. die Thatsache eigennützig sein, wird nur im Gegensatz des Menschen gegen andere, ihm fremde Menschen, aus einer zufälligen eine wesentliche Eigenschaft, während die Substanz Verwandter das Accidens Liebe, Aufopfrung, Freigebigkeit mit sich führt; das ist das Feld der besondern Vermuthungen. Je nachdem man ein weiteres oder

engeres Subject zu Grunde legt, entsteht eine allgemeine oder besondere Vermuthung. Einen klaren Beleg dafür soll l. 25. de prob. enthalten: mit der Substanz ordentlicher Hausvater wird das Accidens, daß er für sein Hauswesen sorge, also wenn er zahlt, nur eine Schuld zahle, als gegeben angenommen; wenn aber die Substanz verändert und die Thatsache Zahlung eines Pupillen oder überhaupt eines ungeordneten Menschen im Verhältniß zu der Thatsache ein debitum oder indebitum damit zu zahlen betrachtet wird, so streitet die Vermuthung sogleich für die Nichtschuld. — Was das Causalverhältniß zweier Thatsachen, das Verhältniß von Ursache und Wirkung anbelangt, so kann, wenn mit Gewißheit von einer Ursache auf eine Wirkung und umgekehrt geschloßen wird, von einer Vermuthung nach Causalgesetz nicht die Rede sein, sondern nur dann, wenn wir zwei Thatsachen öfter in demselben Verhältniß von Ursache und Wirkung wahrgenommen haben; diese Wahrnehmung erzeugt dann die allgemeine Vorstellung, daß die Thatsachen in diesem Verhältniß auch ferner stehn werden; je länger und vollkommener die Erfahrung ist, desto mehr wird sie als Regel Gewicht erhalten. — Ebensowenig darf das Verhältniß der Wechselwirkung, in welchem zwei Thatsachen stehen, ein nothwendiges, sondern es darf nur in der Erfahrung begründet sein, und es drückt sich dieses Verhältniß in der Erfahrung aus durch die Coexistenz und das gleichzeitige Verschwinden im Raum und in der Zeit[8]).

Feuerlein hat gewiß, nächst Weindler, diese Lehre rationeller und mit mehr Sorgfalt behandelt, als irgend einer seiner bisher angeführten Vorgänger, aber mit den gewonnenen Resultaten kann man sich nicht einverstanden erklären. Wer möchte der Anwendung seiner Regeln in den Beispielen, an denen er sie erläutert[9]), beistimmen, wer möchte die Begründung billigen? Es ist unwahrscheinlich, daß der in der Stadt Wohnende gezwungen werden könne, ein indebitum zu zahlen; diese Vermuthungsregel haben wir sobald erwiesen, als zu einem indebitum nicht gezwungen werden

[8]) Cfr. Feuerlein a. a. O. §. 1. 8—18.

[9]) a. a. O. §. 21.

können ein Prädicat des Subjects Stadt ist, und um dies zu erkennen, müssen wir in das innere Wesen, in die Idee einer Stadt als eines geordneten Ganzen eingehen, wir müssen untersuchen, ob in dem Begriff derselben dieses Merkmal der Ordnung, Ruhe und Freiheit enthalten ist! — Wenn eine Begebenheit sich wirklich ereignet hat, so pflegt das Gerücht darüber einstimmig zu sein, nun ist das Gerücht über eine Thatsache einstimmig, folglich ist zu vermuthen, daß sie sich auch wirkich ereignet habe; oder: wenn ein Mensch alt wird, wird er schwächer als der jüngere; wenn der ältere A. mit einem jüngern B. in's Wasser fällt, so ertrinkt er früher als der jüngere, nun fielen sie beide in's Wasser, also kam A. früher um als der jüngere B.; oder (§. 16. a. E.): nach der Erfahrung entsteht die Wirkung Feuersbrunst gewöhnlich nur durch die Nachläßigkeit der Hausbewohner, daher vermuthen wir mit dem Vorhandensein dieser Wirkung diese bestimmte Ursache! — Entweder war A nicht am Ort des Verbrechens, oder wenn er da war, hat er das Verbrechen begangen; nun war A am Ort des Verbrechens, also hat er das Verbrechen begangen! — Feuerlein glaubt mit diesen drei Formen des Verhältnißes der Thatsachen zu einander das Gebiet der Vermuthungsregeln erschöpft zu haben, geht also weiter als Weindler, der (a. a. O. §. 23. 24.) als Quelle der Vermuthungen nur das Verhältniß zweier Thatsachen zu einander, wie Grund und Begründetes, Ursache und Wirkung, anerkennt. Er meint, daß nach gleichen Grundsätzen die gesetzlichen Vermuthungen gebildet seien (§. 1). Unter welche dieser Regeln bringt man dann wohl die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant, die praes. Muciana, die bei der ademtio legati platzgreifenden Präsumtionen? Aber auch abgesehen davon, daß sich nicht alle Vermuthungen unter diese Kategorieen subsumiren lassen, sind die Regeln vor allen Dingen im Proceß nicht richtig. Man mag daraus, daß der Erfahrung nach zwei Thatsachen gewöhnlich in Verbindung miteinander stehen, wohl im gewöhnlichen Leben den Schluß ziehen, daß mit der Existenz der einen auch die andere vorhanden sei, obgleich man auch das in den angeführten Beispielen nicht immer wird sagen können. So soll mit der Substanz Grundstück das

Accidens Freiheit des Grundstücks gegeben sein, omne praedium praesumitur liberum, denn ein Ding ist nur dadurch ein bestimmtes Ding, daß es bestimmte Qualitäten hat. Ist nun ein Grundstück darum weniger Grundstück, weil es die Eigenschaft, frei von Servituten zu sein, nicht hat? Aber vor Allem ist dieser Schluß nicht ohne Weiteres im Proceß anzuwenden, in einem Rechtsstreit, wo auf das Vorhandensein einer Thatsache ein rechtlicher Anspruch gestützt wird, wo man Veränderung eines bestehenden Zustandes zu seinen Gunsten, zum Nachtheil des Beklagten verlangt. Wenn mir eine Sache zum Commodat gegeben ist und in meinem Hause Feuer ausbricht, kann der Commodans Ersatz für die beschädigte Sache beanspruchen unter Berufung auf den Satz, daß plerumque incendia culpa inhabitantium fiunt? Kann ich deßhalb, weil ich am Ort des Diebstahls gesehen worden bin und das Verbrechen nicht begehen konnte, wenn ich nicht an dem Ort war, wegen des Diebstahls verurtheilt werden? — Dies führt uns auf die Frage, welche Wirkung Feuerlein den Vermuthungen beilegt. In Bezug darauf unterscheidet er [10]) — nachdem er schon vorher die Sätze aufgestellt, daß die aus einer Vermuthungsregel abgeleiteten Sätze nur Wahrscheinlichkeit geben [11]) und daß der halbe Beweis, der nur Wahrscheinlichkeit, nicht Gewißheit giebt, mit dem Resultat der Vermuthung übereinstimmt [12]) —: was wirken Vermuthungen, die als Product eines übernommenen Beweises hervorgehen, und was Vermuthungen, wenn noch unentschieden ist, wer den Beweis zu übernehmen habe? Die erste Frage fällt nach ihm zusammen mit der nach dem Verhältniß von Vermuthung und Beweis, und wird dahin beantwortet, daß Vermuthung nicht Beweis sei, daß der Beweispflichtige, der nur eine Vermuthung begründet, seiner Verbindlichkeit nicht genügt habe; die andere ist identisch mit der, welchen Einfluß Vermuthungen auf die Beweislast haben, ob beim Zweifel und Streit darüber, wen die Beweislast treffe, derjenige vom onus probandi befreit sei, der eine Vermuthung für sich anführt; und F. entscheidet sie

[10]) a. a. O. §. 28. ff,

[11]) §. 11.

[12]) §. 16. a. E.

dahin, daß jeder, der eine Vermuthung für seine Behauptung aufzuweisen habe, einerlei ob es eine gesetzliche oder nicht gesetzliche sei, ob ihre Wirkung im Gesetz bestimmt sei oder nicht, dadurch von der Beweislast befreit werde und sein Gegner zu beweisen habe, daß sich die Umstände anders, als wie sie nach der Vermuthungsregel verbunden sind, verhalten. Hier könnte man geneigt sein als Critik eine responsio Celsina zu geben. Das Erste ist klar und verständlich und in der That sehr einfach: wenn das Resultat der Beweisführung nicht volle Gewißheit giebt, so ist kein genügender Beweis erbracht, sondern nur eine Vermuthung, nur Wahrscheinlichkeit, und daraufhin kann man nicht verlangen, daß die Beweispflicht, der man selbst nicht Genüge geleistet hat, auf den Gegner geschoben werde. Das Zweite aber verstehe ich nicht, oder wenn ich es verstehe, ist es unrichtig. Wenn die Frage noch streitig und unentschieden ist, wer den Beweis zu führen hat, soll jede Vermuthung, die Jemand für sich hat, von der Beweislast befreien. Wenn das wörtlich so gemeint ist, daß noch nicht feststeht, wer beweispflichtig ist, so sehe ich nicht ein, wie man von einer Befreiung von der Beweislast sprechen mag. Es ist sicher, daß diese Frage zweifelhaft sein kann, aber entscheidet sich denn dieselbe durch eine Vermuthung? Wenn nun keine Vermuthung besteht? Ueber diese Frage entscheiden die Beweislastregeln, deren Anwendung allerdings Schwierigkeiten machen kann, aber diesen Schwierigkeiten kann man nicht mit Vermuthungen aus dem Weg gehen. Beweispflichtig ist der, der sich zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs auf eine Thatsache stützt, und von dieser Pflicht kann ihn allerdings eine Vermuthung befreien, nur nicht ohne Weiteres eine nach den Feuerlein'schen Regeln gebildete. Soll aber durch die Fassung: „was wirken Vermuthungen, wenn die Beweispflicht noch streitig ist" nur der Gegensatz zu dem von dem Einen schon übernommenen und geführten Beweis ausgedrückt werden, soll damit gesagt sein, daß der eigentlich Beweispflichtige, der eine Vermuthung für sich hat, nicht zu beweisen brauche,[13]) so muß man die Frage aufwerfen, wodurch sich denn nach Feuerlein

[13]) So versteht es Borst Ueber die Beweislast §. 36.

die Vermuthungen, die Product eines geführten Beweises sind, von denen unterscheiden, die vor der Beweisführung begründet sind. Beide geben nach ihm nur Wahrscheinlichkeit. Warum überträgt die durch einen aus einer Vermuthungsregel abgeleiteten Satz begründete Wahrscheinlichkeit das onus probandi auf den Gegner, die aus einem unvollständig geführten Beweise hervorgehende Wahrscheinlichkeit aber nicht? Inwiefern hat der Beweispflichtige im ersten Fall seiner Verbindlichkeit mehr genügt als im anderen? Wenn man eine Vermuthung für sich hat, noch ehe der Beweis geführt ist, wird die Beweislast auf den Gegner übertragen, so gut als hätte man bewiesen, und wenn nun der Gegner den ihm zugeschobenen Beweis übernimmt und eine Vermuthung erbringt, so genügt das nicht! Und doch liegt in beiden Fällen nur Wahrscheinlichkeit vor.[14]) Und wenn schließlich Feuerlein den Satz, eine Vermuthung befreie von der Beweislast, dahin erläutert (§. 29), daß nicht etwa gar nichts bewiesen zu werden brauche, sondern daß die Wahrheit der Vermuthung, der Zusammenhang zweier Thatsachen nach einer der drei Formen des Verhältnisses der Thatsachen zu einander nachgewiesen werden müsse, ist denn da nicht auch Beweis geführt und das Product dieses Beweises die Vermuthung, Wahrscheinlichkeit? Ich benutze übrigens dieses Argument gegen Feuerlein nur, weil er es selbst an die Hand giebt, denn ich sehe nicht ein, wie der Vermuthungshaber dazu kommt, die Wahrheit der Vermuthungsregel zu beweisen. Daß ein Gesetz den Zusammenhang zweier Thatsachen als Regel ausspricht oder daß zwei Thatsachen im Verhältniß von Substanz und Accidens u. s. w. stehen, das ist doch nicht Gegenstand der Beweisführung der Parteien, das muß doch der Richter wissen und selbst ermessen! —

Mit derartigen philosophischen Begründungen, wie sie uns Weindler und Feuerlein bieten und welche den Eindruck machen, als wären es Sätze aus einem Compendium der Logik, wie sich dies ja bei Feuerlein auch nachweisen läßt, ist nichts gethan. Das Streben, das Gebiet der Vermuthungen zu erschöpfen und die Lehre auf einfache Grundsätze zurückzuführen, ist anzuerkennen, die Resultate

[14]) Cfr. auch die Critik bei Vorst a. a. O.

aber und die Wege, auf welchen man zu denselben gekommen, sind zu verwerfen. Facta loquuntur. Von der Weindler'schen und Feuerlein'schen Theorie hat sich nichts erhalten, und in der Praxis habe ich nie gesehen und es wird wohl auch nie geschehen, daß eine Frau die behauptete Beischlafsunfähigkeit ihres Mannes deßhalb beweisen muß, weil des Mannes Körper ein organisches Ganzes ist, wovon man unwillkürlich alle in seinem Begriff enthaltenen Theile und Eigenschaften aussagt (Weindler §. 56), oder daß dem mit der actio confessoria Auftretenden der Beweis seiner Servitut aufgelegt oder dem Negatorienkläger der Beweis, daß auf seinem Grundstück keine Servitut laste, nicht aufgelegt wird deßhalb, weil mit dem Substanz Grundstück auch das Accidens Freiheit desselben gegeben sei, weil das Ding Grundstück eben nur dieses bestimmte Ding sei, wenn es diese bestimmte Eigenschaft habe (Feuerlein §. 14).

## §. 10.
### Fortsetzung.

Diese beiden eben besprochenen Abhandlungen sind die letzten bedeutenden, die sich mit der Lehre von den Präsumtionen speciell beschäftigen. Nach ihnen wird dieselbe, außer in den Proceß- und Pandectencompendien, mehr oder weniger eingehend nur noch in den Schriften, die eine abgesonderte Darstellung der Lehre vom Beweis zum Gegenstand haben, erörtert. Es sind das die im §. 1 erwähnten Schriften, deren Inhalt, soweit er unser Thema berührt, jetzt noch mit kurzen Zügen wiedergegeben werden soll.

Weber — der der Zeit nach zwischen Weindler und Feuerlein steht, dessen Ansicht ich aber erst jetzt erwähne, weil die gleiche Richtung, die jene Beiden bei ihrer Darstellung befolgen, ein Zusammenstellen derselben zweckmäßig erscheinen läßt und Feuerlein auch von der Weber'schen Ansicht fast ganz unberührt geblieben ist — hat vor Allem das allgemein anerkannte Verdienst, nach der negativen Seite hin Vorzügliches geleistet zu haben, indem er den Satz, den wir jetzt als selbstverständlich zu betrachten gewohnt sind, dessen Verkennen aber die Schuld an vielen Irrthümern der älteren Schriftsteller trägt, den Satz: „was nach den Rechten nicht zu vermuthen ist, begründet noch keine Rechtsvermuthung

für das Gegentheil", mit aller Schärfe hingestellt und die mancherlei Unrichtigkeiten, die sich auf das Verkennen dieses Satzes als ihre Quelle zurückführen lassen, wie z. E. die Vermuthung für das Pflichtmäßige, für die natürliche Freiheit, für den rechtmäßigen Besitzerwerb, als Consequenzen dieses falschen Princips nachgewiesen hat. Abgesehen hiervon lassen sich als die wichtigsten der von ihm aufgestellten Sätze folgende herausheben. Er verwirft die sogen. praesumtiones iuris et de iure als unter den Begriff einer Vermuthung (d. h. des Fürwahrhaltens einer Sache aus Gründen, von welchen man sich bewußt ist, daß sie zur rechtlichen Gewißheit nicht hinreichen) nicht gehörig. Es giebt nur gemeine und Rechtsvermuthungen, praesumtiones hominis und iuris, die beide aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, wie ihn die Erfahrung darstellt, hergenommen werden, nur daß für die Aufstellung einer praesumtio iuris auch die blose Möglichkeit einer Thatsache genügen kann. Die erstern, die auf Wahrscheinlichkeitsgründen beruhen, machen nie vollen Beweis, noch befreien sie von der Beweislast, sondern sie können nur bei der Frage, ob ein Beweis vom Beweispflichtigen erbracht sei, einen günstigen Ausspruch für den, der sie für sich hat, bewirken; die Rechtsvermuthung befreit vom Beweis, indem sie für die Wahrheit einer Thatsache schon provisorisch entscheidend ist, bis das Gegentheil zur Gewißheit gebracht wird; über sie kommt, anders als bei der gemeinen Vermuthung, dem Richter kein Urtheil zu. Eine Rechtsvermuthung ist aber keineswegs jede in einem Gesetz erwähnte Vermuthung, sondern damit sie diesen Character habe, ist es erforderlich, daß das Gesetz den betreffenden Umstand schon an sich und allgemein als Vermuthungsgrund anerkennt, daß das Gesetz sie dispositive anordnet und den Richter verpflichtet, einen gewissen Thatumstand einstweilen als wahr gelten zu lassen, bis in gegebenen Fällen die Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des provisorisch im Gesetz bestätigten Satzes eintritt. Wenn hingegen in den Gesetzen nur eine gemeine Vermuthung als solche gebilligt ist (wie z. E. in l. 31. §. 21. de aed. ed. 21. 1.) und ein Umstand nicht schon an sich und allgemein, sondern nur in Bezug auf die ihn begleitenden Nebenumstände als Vermuthungsgrund anerkannt wird (wie z. E. in l. 26. de prob.), oder wenn

der gewöhnliche Lauf der Dinge nur historisch oder enunciativ bei Gelegenheit gewisser Verfügungen in den Gesetzen angeführt ist, (wie z. E. in l. 3. §. 1. de off. praef. vigil. 1. 15.), so liegt stets ein praesumtio hominis vor. Der Gegenbeweis gegen eine solche wahre Rechtsvermuthung kann nie darauf gerichtet werden, daß die vom Gesetz aufgestellte Vermuthung in thesi nicht richtig sei, sondern nur darauf, daß im concreten Falle die der Vermuthung entgegenstehende Thatsache doch wahr, z. E. trotz der Vermuthung, wonach ein im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe gebornes Kind ein eheliches ist, ein bestimmtes Kind, bei dem diese Voraussetzung zutrifft, doch kein eheliches sei. Bei diesem Gegenbeweis können dann auch gemeine Vermuthungen in Betracht kommen, wenn sich besondere Umstände ergeben, die das im Allgemeinen bei der Sanction der Rechtsvermuthung zu Grunde gelegte Verhältniß so verändert darstellen, daß in dem vorkommenden Fall die Folge des Gegentheils dadurch unterstützt wird. Von einer Collision der Vermuthungen kann streng genommen nicht gesprochen werden, weder bei gemeinen noch bei gesetzlichen.

Obgleich ich mich in manchen Puncten der Ansicht Weber's anschließe, ist mir doch seine Darstellung nicht genügend. Abgesehen davon, daß er wichtige Fragen nur oberflächlich besprochen, andere gar nicht berührt hat, kann man auch die Beantwortung derjenigen Fragen, die er erschöpfend behandeln wollte, nicht überall billigen. So scheint es mir, um vorläufig nur Eins zu erwähnen, zu viel verlangt, wenn er als Erforderniß einer jeden Rechtsvermuthung aufstellt, das Gesetz müsse sie dispositive als solche anordnen und den Richter verpflichten, eine Thatsache vorläufig als wahr gelten zu lassen, bis die Gewißheit des Gegentheils eintritt. Wenn das geschieht, so ist es allerdings unzweifelhaft eine Rechtsvermuthung, aber daß überall da, wo es nicht der Fall ist, wo das Gesetz dem Richter diese Verpflichtung nicht ausdrücklich auflegt, keine Rechtsvermuthung vorliege, dürfte doch wohl zu viel behauptet sein; das Erforderniß würde bei einer Reihe von allgemein anerkannten praesumtiones iuris fehlen. —

Eine ganz vortreffliche Abhandlung ist die von Borst, vortrefflicher freilich noch in den Abschnitten, die nicht von den Ver-

muthungen handeln. Er billigt den Weber'schen Satz, daß Vermuthungen nicht Entscheidungsgrund der Beweisauflage seien, indem der Richter zunächst gar nichts vermuthe, sondern nur glaube, wenn ihm bewiesen werde. Er unterscheidet gleichfalls zwischen gemeinen und gesetzlichen Vermuthungen: beide werden nach gleichen Regeln gebildet und beide geben an sich nur Wahrscheinlichkeit, es ist Ausnahme, wenn das Gesetz diese Wahrscheinlichkeit als Beweis gelten läßt; die Anordnung des Gesetzes begründet eben den Unterschied zwischen den beiden Arten, das Resultat der gemeinen Vermuthung ist stets nur Wahrscheinlichkeit und der Richter muß juristische Gewißheit haben, diese wird ihm gegeben durch die gesetzliche Vermuthung. Man kann nicht sagen, daß dieselbe vom Beweis befreie, denn solche Thatsachen, die schon an sich vermuthet werden, ohne einer andern Thatsache zu bedürfen, giebt es nicht, sondern sie erleichtert nur den Beweis, indem sie der gesetzliche Schluß von der Existenz einer juristisch gewissen Thatsache auf die Existenz einer andern noch ungewissen ist, welche mit der erstern nicht in nothwendigem Causalzusammenhange steht. Der Beweispflichtige hat nicht die vom Gesetz aus einer andern Thatsache gefolgerte Thatsache zu beweisen, aber doch die Thatsache, die den Vermuthungsgrund enthält.

Dieser Darstellung schließt sich ziemlich eng die von Reinhold an, der noch schärfer hervorhebt, daß die Präsumtion nichts an der Beweislast ändere, sondern daß nur nachgelassen sei, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, aus welcher dann auf die Existenz jener geschlossen wird, ohne daß ein nothwendiger Causalzusammenhang zwischen beiden vorliegt. Dieses letzte Moment ist nach ihm der einzige Unterschied zwischen Präsumtion und künstlichem Beweis.

Beide haben das Verdienst, von dem Begriff der Vermuthung nicht darunter Gehöriges auszuscheiden, aber was eigentlich die gesetzliche Vermuthung ist, ob die Erwähnung im Gesetz genügt, ob jeder beiläufig im Gesetz gezogene Schluß von einer Thatsache auf die andere eine praesumtio iuris mit den angegebenen Wirkungen ist, oder was für Voraussetzungen dazu vorhanden sein müssen, das erfahren wir von beiden nicht.

Gleiche Anerkennung nach dieser negativen Seite hin muß man Collmann zollen, der hauptsächlich auf den Unterschied aufmerksam macht zwischen dem, was die rechtliche Natur eines Geschäfts und dem, was Rechtsvermuthung ist. Was zur rechtlichen Natur eines Geschäfts gehört, bedarf keines Beweises, es muß, sobald das bestimmte Rechtsgeschäft überhaupt existirt, nothwendig als wahr angenommen werden, auch wenn deßhalb keine Handlungen der Parteien vorliegen sollten; eine das Gegentheil enthaltende Bestimmung würde als Ausnahme von der Regel des Beweises bedürfen, z. E. wenn auch über die Zeit der Zahlung des Kaufpreises nichts ausgemacht ist, so folgt doch aus dem Princip, wonach der Käufer nicht res und pretium zugleich besitzen darf, daß gegen Uebergabe der Sache sofort Zahlung des Preises erfolgen muß, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist. Durch eine Rechtsvermuthung aber wird nicht, wie durch die rechtliche Natur des Geschäfts, die reale Seite des Rechtsverhältnisses ergänzt, sondern es wird eine Begebenheit oder Handlung als wirklich geschehen angenommen, entweder als unmittelbare Folge, oder als unmittelbare Ursache eines wirklich feststehenden Factums. Auch bestimmt Collmann, unter welchen Voraussetzungen in Wahrheit von einer Rechtsvermuthung gesprochen werden könne, nämlich niemals dann, wenn noch eine Beurtheilung in concreto über den Zusammenhang des vermutheten Factums mit dem wirklichen vorausgesetzt wird, sondern es muß das wirkliche Factum, welches die nothwendige Grundlage derselben ausmacht, vom Gesetz so genau bestimmt sein, daß es durchaus keiner Argumentation bedarf, um diesen Zusammenhang zu finden. Wenn aber Collmann meint, daß die Lehre von den Rechtsvermuthungen nicht schwierig genannt werden könne, falls man ihr nur die rechte Stellung im System anweise, so liegt das doch wohl daran, daß er sich nicht eingehend genug damit beschäftigt hat, um die Schwierigkeiten zu entdecken; mit den von ihm gegebenen Regeln kommt man wenigstens nicht über alle Schwierigkeiten hinweg.

Von den beiden letzten Schriftstellern, die in diesem Ueberblick zu erwähnen noch übrig ist, Langenbeck und Endemann, behandelt Ersterer, der die gewöhnliche Eintheilung in praesumtiones

iuris et de iure, nach ihm besser Fictionen genannt, praesumtiones iuris und hominis beibehält, die Lehre hauptsächlich vom processualischen Standpunct aus; in Bezug auf die materiellen Fragen, was praesumtio iuris sei und was sie wirke u. s. w., schließt er sich der Ansicht Weber's an [1]). Zum Theil neu und originell sind hingegen die Ansichten des Letztern, der dem ganzen Plan und Character seines Werkes entsprechend die Lehre in den verschiedenen Phasen, die sie bei den Römern, in der mittelalterlichen Doctrin und in der neuern Zeit durchgemacht hat, verfolgt und die Stellung der Präsumtionen zu der freien logischen Beweistheorie critisch beleuchtet.

Eine bestimmte Definition von Vermuthung stellt Endemann nicht auf, da es ihm nirgends unthunlicher, als gerade hier, erscheint, feste Merkmale und Definitionen anzugeben — ein Satz, den ich freilich in das vollständige Gegentheil zu verwandeln geneigt bin. Nach römischem Recht gab es nach ihm keine Beweisvermuthungen, sondern nur Beweislastvermuthungen d. h. solche, welche eine Aenderung der Regel: actori incumbit probatio herbeiführen. Es kann nämlich — das ist seine Darstellung — zweifelhaft sein, wer die Initiative des Beweises zu ergreifen hat, sowie ob eine Behauptung Theil der Klagbegründung oder Exception ist; für solche Fälle mußte das Recht eine Aushilfe treffen, und diese Wirkung auf die Beweislast wird durch praesumtio bezeichnet. Dieser

[1]) Nicht unerwähnt kann ich lassen, daß der Tadel, den E. (Bd. I. pag. 193 N. a.) gegen Borst ausspricht — dieser habe, wenn er leugne, daß praesumtiones iuris der Beweislast überheben, Beweis der Prämissen und dessen, was sich daraus ergeben, verwechselt und gar nicht bedacht, daß ersterer oft gar nöthig sei — ein unbegründeter ist. Daß Borst dies wohl bedacht hat, geht daraus hervor, daß er selbst (§. 31) sagt, die andere Thatsache, die den Vermuthungsgrund enthält, also die Prämisse, könne zugestanden sein und dann bedürfe der Beweispflichtige freilich gar keiner Beweisführung; allein das Zugeständniß sei zufällig und könne an der aufgestellten Ansicht nichts ändern. Diese Bemerkung ist auch ganz richtig. Der Umstand, daß die die Prämisse bildende Thatsache im concreten Fall wegen Zugeständnisses, Notorietät oder aus einem andern Grund eines besondern Beweises nicht bedarf, ändert an der Wahrheit des Satzes nichts, daß an sich der Vermuthungshaber die Prämisse beweisen muß.

Einfluß auf die Beweislast hatte aber keine intensivere Bedeutung als z. E. in unserm heutigen Anklagestrafproceß die Annahme, daß Ankläger den Beweis der Anklage, Angeklagter den Entlastungsbeweis zu führen hat. Und eine andere Wirkung als die auf die Beweislast hatte die Präsumtion nicht. Wenn es sich um Prüfung des geführten Beweises handelte, so waren Vermuthungen für den Richter nur praesumtiones hominis, sie hatten nur den Werth eines natürlichen Arguments, die Kraft der Folgerung hing von der logischen Richtigkeit im concreten Falle ab und der Richter brauchte ihnen nicht bis zum Gegenbeweis treu zu bleiben, sondern konnte infolge eigener logischer Betrachtung Gegenüberzeugung haben. Solche Beweisvermuthungen konnten wegen des Mangels einer legalen Beweistheorie gar nicht aufkommen. Auch solche Entscheidungen zweifelhafter Fälle, wo der Rechtssatz durchschneiden muß, weil die Ermittelung der realen Wahrheit ganz unmöglich ist, z. E. wenn Vater und Sohn in gemeinsamer Gefahr umkommen, sind keine Präsumtionen des Beweises, sondern nur die letzte Schlichtung unauflöslicher Zweifel. — In der Theorie der Glossatoren und ihrer Nachfolger tritt die wichtige Aenderung ein, daß die quellenmäßigen Beweislastpräsumtionen jetzt Surrogat des Beweises werden, daß durch dieselben juristische Wahrheit erbracht wird und der Gegner unterliegt, wenn er sie nicht durch Gegenbeweis zerstört. Das Streben dieser Zeit war, alle relevanten Schlüsse von Thatsache auf Thatsache juristisch festzusetzen und sie hinsichtlich des Maßes ihrer Beweisfähigkeit zu reguliren. Die geringste Präsumtion, gesetzlich gebilligt, macht vollen Beweis; die probatio per praesumtionem ist gleichsam eine Sammlung unbenannter Probationen; als Maßstab für den Werth derselben gilt die semiplena probatio, Alles, was nur halben Beweis macht, gilt als praesumtio iuris. — In der neuern Zeit sieht man immer weniger auf die Legalität, immer mehr auf die blos menschliche Wahrscheinlichkeit der Schlüsse; der Begriff der Vermuthung ist im Ganzen blos der der Wahrscheinlichkeit, einer Schlußfolgerung, die Wahrscheinlichkeit begründet. Es wird die Berechtigung der logischen Präsumtion anerkannt, deren Einfluß auf den Beweis lediglich von der concreten Einsicht des Richters

abhängt. Dies ist dann aber auch nicht auf die praesumtiones hominis zu beschränken, sondern es wird auch der Werth der früher unbestritten als praesumtiones iuris anerkannten Schlüsse oft prekär, indem man fragt, ob denn die in abstracto als legal anerkannte Folgerung auch in concreto eine berechtigte sei, und durch dieselben leicht ein Conflict mit der natürlichen Wahrheitsüberzeugung erregt wird. — Infolge dieser historischen Erörterung kommt Endemann zu dem Resultat, daß, da man, wo es sich um den Beweiswerth handelt, nur die Wahl zwischen starrer gesetzlicher und freier logischer Präsumtion habe, und nur das letztere Princip a priori und zufolge des geschichtlichen Verlaufs das richtige sei, man die absolute Schlüssigkeit der Präsumtionen gänzlich verwerfen müsse. Wenn aber die Schlüssigkeit aller Beweise nur durch die natürliche Logik geprüft werden dürfe, so bedürfe es, sowenig wie im römischen Recht, nicht mehr des besondern Namens der Vermuthung. Hingegen hätten wir noch diejenigen Präsumtionen, wofür die Römer allein diesen Namen brauchen, die Beweislastpräsumtionen; damit aber diese ihren Einfluß auf die Beweislast behaupten könnten, müssen sie in der Beweislehre gänzlich fallen d. h. ihre beweisende Kraft muß nicht zur allgemein entschiedenen Rechts-, sondern zur concreten thatsächlichen Frage gemacht werden[2]).

Inwiefern ich mit diesen Ansichten übereinstimme, inwiefern ich von ihnen abweiche, wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben. Abgesehn von manchen m. E. nicht ganz richtigen thatsächlichen Angaben bei der Besprechung der mittelalterlichen und modernen Lehre, die sich zum Theil aus der Tendenz dieser Schrift, die freie Beweistheorie wieder zur Geltung zu bringen und nachzuweisen, wie dieses bei den Römern maßgebende Princip durch die Doctrin verdrängt worden ist und der zu verwerfenden gesetzlichen Beweisregel allmählig Platz gemacht hat, erklären, und abgesehn von der Frage nach der Berechtigung der freien Beweistheorie selbst, worauf ich hier nicht näher eingehn will, — ist es eine auf seine Darstellung des römischen Rechts bezügliche Bemerkung, die sich mir aufdrängt und die ich schon hier nicht unterdrücken kann. Wenn die Ausführungen Endemanns über das römische Recht — er

[2]) Cfr. insbesondere §. 23—27.

berücksichtigt, beiläufig bemerkt, nur den Proceß der ältern Zeit — richtig wären, so wäre nach römischem Recht der Einfluß der Präsumtion gleich Null gewesen. Wenn die Wirkung der Präsumtion auf die Beweislast keine intensivere Bedeutung hat als die Annahme, daß Ankläger den Beweis der Anklage, Angeklagter den Entlastungsbeweis führen muß, so hätte das römische Recht gar keiner Präsumtionen bedurft; die Präsumtion wirkt geradezu nichts, denn der Ankläger 2c. muß nach der allgemeinen Beweisregel beweisen, mag nun dieses Beweisen in einer vollständigen Begründung der richterlichen Ueberzeugung bestehen müssen, so daß actore non probante reus absolvitur, oder mag von ihm nur verlangt werden, daß er mit der Beweisführung beginne. Auch schreibt Endemann selbst (§. 24. N. 11.) der Präsumtion doch eine andere Bedeutung zu, wenn er sagt, daß wegen des Satzes: credendum est, eum qui septimo mense natus est, iustum filium esse, der die Legitimität Bestreitende die Beweislast zu tragen habe. Nach der Beweisregel hat derjenige, der auf seine Sohneseigenschaft einen Anspruch stützt, diese Eigenschaft zu beweisen; wegen dieses Satzes muß aber der Gegner den Beweis führen, daß er nicht legitimer Sohn ist. Also ist die Meinung doch wohl die, daß der Angreifer, der Kläger an sich mit seinem Beweis vorzugehen hat, die Präsumtion aber ihn davon befreien und bewirken kann, daß der Angegriffene zunächst seinen Beweis erbringen muß. Aber auch in dieser Fassung ist der Gedanke nicht richtig. Denn wenn man lediglich die Frage in's Auge faßt, wer mit dem Beweis anzufangen hat, so ist es doch auch in diesem Fall der Kläger, er muß mit dem Beweis vorgehn, daß er wirklich septimo mense natus ist. Also von dieser Verpflichtung befreit ihn principiell die Präsumtion nicht. Welchen Einfluß auf die Beweislast hat sie aber dann? Es will mir scheinen, als ob Endemann die Beweisregeln des römischen Rechts als Ausflüsse von Präsumtionen betrachte, als ob er die Entscheidungen der Juristen über die Beweislast im Pandectentitel 22. 3. auf Präsumtionen zurückführe. Und doch paßt dazu manches Andre nicht. Wenn ich ihn recht verstehe, giebt die Präsumtion den Ausschlag, wenn es zweifelhaft ist, ob Kläger, wie gewöhnlich, zu beweisen hat und

was er zu beweisen hat, „für solche Fälle mußten rechtliche Bestimmungen getroffen werden und in diesem Sinne beschäftigten sich die römischen Juristen mit der Casuistik der Beweislast; ihre Entscheidungen über dergleichen Beweislastfragen waren von Haus aus wohl nur concrete Entscheidungen, allein selbst generalisirt hatten sie niemals den Sinn wie heutzutag die Präsumtionen, indem sie eben nicht mehr Bedeutung hatten, als heutzutag die Annahme, daß der Ankläger den Beweis der Anklage führen muß. Praesumtio bezeichnet also die Wirkung auf die Beweislast, welche zwar eine juristische Folge des Verhältnißes der thatsächlichen Behauptungen zu einander darstellt, aber im Grund wieder lediglich auf der natürlichen Logik ruht." — Hiernach bestimmt also die natürliche Logik die Beweislast und die Präsumtionen thun dasselbe, nur daß ihre Wirksamkeit sich auf die zweifelhaften Fälle beschränkt! Prüfen wir nun diese Sätze näher an der l. 25. de prob., an der sie sich nachweisen lassen sollen. Kläger muß zur Begründung der condictio indebiti beweisen, daß er ein indebitum gezahlt hat; dieses onus liegt dem Kläger nach der allgemeinen Regel ob, aber es kann das allerdings Zweifel erregen, man kann die Frage aufwerfen, ob die allgemeine Regel hier Platz greift; es tritt hier eine Präsumtion ein, eine Wirkung auf die Beweislast, daß — Beklagter nicht zu beweisen hat, sondern Kläger. Also die Präsumtion bewirkt, daß trotz des Zweifels derjenige zu beweisen hat, der schon an sich beweispflichtig ist! Wenn aber ein Pupill eine Zahlung gemacht hat und als indebite geschehen condicirt, dann hat die Präsumtion die Folge, daß Jemand beweisen muß, der an sich nicht beweispflichtig ist. In dem einen Fall bewirkt eine Präsumtion, daß es bei der Regel bleibt, in dem andern, daß eine Ausnahme von der Regel eintritt! Aber verlassen wir die l. 25. cit., die wegen ihres corrumpirten Textes und der Hereinmischung falscher Entscheidungsgründe nicht recht geeignet ist, zur Erörterung dieser Fragen zu dienen. Betrachten wir die auch von Endemann anerkannte Präsumtion der Legitimität eines im siebenten Monat der Ehe gebornen Kindes. Kläger nimmt die Erbschaft eines Verstorbenen von dessen Bruder in Anspruch, weil er als jenes Sohn nächster Intestaterbe zu sein behauptet. Hier ist die allgemeine Regel, daß er beweisen

muß; es liegen keine Umstände vor, die dies zweifelhaft machen oder eine Aenderung bedingen; es ist auch nicht zweifelhaft, daß diese Behauptung zur Klagbegründung gehört: tritt hier keine Präsumtion ein? Inwiefern paßt das, was Endemann vorher vom Character nnd der Bedeutung der Präsumtionen gesagt hat, auf diese Präsumtion? Und so ließe sich noch Manches anführen, was durch Endemanns Darstellung nicht aufgeklärt wird. Wir haben mit diesen Ausführungen einen Einblick in das Wesen der Präsumtionen nach römischem Recht nicht gewonnen.

## §. 11.

### Schluß des Ueberblickes.

Hiermit glaube ich der Anforderung, welche Pacian[1]) an den Schriftsteller macht, diejenigen Auctoren zu nenen, von welchen vorher derselbe Gegenstand behandelt worden ist, Genüge geleistet zu haben, ohne mir den Vorwurf einer blosen trocknen Nomenclatur zuzuziehn. Gegen einen doppelten Vorwurf aber, der mir gemacht werden könnte, muß ich mich vertheidigen. Man kann mir einmal entgegen halten, daß ich bei Weitem nicht alle die Schriftsteller genannt habe, welche diese Lehre in größerer oder geringerer Ausdehung zum Gegenstand ihrer Forschungen gemacht haben. Aber es erschien mir unthunlich, die einzelnen Schriftsteller, die sich außerdem in besondern Schriften oder in Compendien über Präsumtionen verbreitet haben, sämmtlich aufzuzählen und ihre Ansichten zu referiren und zu critisiren. Das blose Aufzählen würde ermüdend und ohne Nutzen sein, das nähere Eingehen auf ihre Ansichten theils keine neuen Resultate im Gefolge haben, theils mich zu weit führen; ich würde sonst ein Buch schreiben müssen, welches die Schriftsteller über die Präsumtionen, nicht die Präsumtionen selbst zum Gegenstand hat. Was die Auswahl der Genannten betrifft, so glaube ich, die Vertreter der wichtigsten Ansichten nicht unerwähnt gelassen zu haben und mehr kann schwerlich erfordert werden. Im Lauf der dogmatischen Erörterung werde ich auf einzelne noch einschlagende und bemerkenswerthe Ansichten einzugehen haben, wie dies vor Allem mit der trefflichen

[1]) Tract. de Probationibus Lib. I. cap. 1. Nr. 1.

Darstellung von Unger[2]) der Fall ist. — Von der andern Seite könnte mir aber gerade der entgegengesetzte Vorwurf gemacht werden, nicht daß ich zu wenig, sondern daß ich zuviel von den Ansichten der Vorgänger gesprochen habe. Bequemer würde es gewesen sein, wenn ich dieselben ignorirt hätte, denn es ist in der That keine ganz leichte Mühe, sich durch das Labyrinth vielfach verkehrter Anschauungen durchzuwinden und den Leser nicht mit sich selbst in dem Labyrinth sich verirren zu lassen. Aber überflüssig war doch meines Erachtens dieser Ueberblick nicht. Ich glaube, wir haben aus ihm gelernt, daß die Lehre von der Glosse an oft und in verschiedenen Richtungen bearbeitet worden, daß sie von kleinen Anfängen an zu ungeheuren Dimensionen angewachsen, daß sie allmählig wieder in engere Schranken zurückgeführt worden, daß sie aber bis zum heutigen Tag zu einem befriedigenden Abschluß nicht gekommen ist. Wir sehen, wie sich im Lauf der Jahrhunderte die verschiedenartigsten Ansichten geltend machen und wie man doch nach Jahrhunderten wieder auf demselben Standpunct steht, von dem die Glossatoren ausgegangen waren und den die spätere Zeit als unbefriedigend verlassen hatte. Wir finden die in der Glosse schon enthaltene Dreitheilung der Präsumtionen nach der Wirkung in allen neuen Compendien; die praesumtiones iuris et de iure verwirft der Eine, der Andere behält sie bei, und wer sie beibehält, behandelt sie entweder als gleichbedeutend mit der Fiction, oder als etwas besonderes; die Einen unterscheiden die praesumtiones iuris von den praesumtiones hominis, indem sie jenen die Wirkung, vollen Beweis zu erbringen, beilegen, diese aber blos zur Verurtheilung nicht hinreichende Wahrscheinlichkeit begründen lassen; Andere stellen beide Arten gleich und wollen die Unterscheidung ganz aufheben, aber die Gleichstellung hat auch wieder verschiedenen Sinn, indem von der einen Seite gesagt wird, den praesumtiones hominis komme die Wirkung zu, voll zu beweisen ebenso wie den praesumtiones iuris, von der andern Seite, praesumtio iuris mache so wenig Beweis als praesumtio hominis. Wir haben den Fehler kennen gelernt, der namentlich in der älteren Zeit einen so unheilvollen Einfluß übte, daß man,

[2]) System des österreich. allgemeinen Privatrechts Bd. II. §. 130.

wo im Gesetz Beweis für eine Thatsache verlangt wurde, eine Präsumtion für das Gegentheil aufstellte und das Negiren des Vorhandenseins einer Präsumtion für eine Thatsache für gleichbedeutend nahm mit dem Affirmiren einer Präsumtion für das Gegentheil [3]); ferner den Fehler, dessen Folgen sich auch noch in der neuern Zeit geltend machen, daß man das, was Ausfluß der allgemeinen Beweisregeln ist, auf Präsumtionen zurückführte. Wir haben gesehen, wie unklar und schwankend der Begriff der Vermuthung war und noch ist; während die Einen das Resultat der Beweisführung, wenn es nicht zur vollen Ueberzeugung des Richters hinreicht, als Präsumtion bezeichnen, also die Präsumtion als mögliche Folge der Beweisführung auffassen, sagen Andere, daß die Folge der Präsumtion voller oder weniger als voller Beweis sei; nach den Einen macht Wahrscheinlichkeit Beweis, nach den Andern Beweis Wahrscheinlichkeit.

Ist nun schon an sich das Kennenlernen der Fehler Anderer ein Vortheil und der erste Schritt zur bessern Erkenntniß, indem man sich hütet, in diese Fehler zu verfallen, so hat das wiederholte Aufmerksammachen auf solche Fehler um so mehr seine Berechtigung, wenn es sich zeigt, daß, obgleich früher schon dieselben aufgedeckt worden sind, doch Andere sich nicht haben abhalten lassen, dieselben Fehler von Neuem zu begehen. Und daß die Warnung, die in den zu so großen Extravaganzen und Verkehrtheiten führenden Irrthümern der frühern Zeit liegt, nicht gehörig berücksichtigt worden ist, hat wohl dieser Blick auf die heutige Gestalt der Lehre in Verbindung mit dem Rückblick auf die verschiedenen Phasen, die sie bis dahin durchgemacht hat, gezeigt. Darin liegt aber zugleich die Rechtfertigung einer nochmaligen Behandlung dieses Themas und des Versuchs, den Präsumtionen den ihnen zukommenden Platz im System anzuweisen, die ungebührlich erweiterten Schranken enger zu ziehen, aber auch die zu eng gesteckten zu erweitern.

[3]) Ein ganz prägnantes Beispiel liefert die Glosse ad l. 21 de prob. v. obligatam, coll. Gl. ad l. 25 pr. eod. v. ignorantiae: Weil das Wissen präsumirt wird, muß das Nichtwissen bewiesen werden, und darum, weil das Nichtwissen bewiesen werden muß, wird das Wissen präsumirt.

# Zweiter Abschnitt.

## Dogmatische Darstellung.

### Erster Theil.
### Die Präsumtionen im Allgemeinen.

#### Erstes Capitel.
#### Die Präsumtionen in den Rechtsquellen.

**I. Die Bestimmungen im Tit. Dig. de prob. et praes. 22. 3.**

§. 12.

Das Wort praesumtio in l. 24 u. l. 25. pr.

Es ist eigenthümlich, daß man bei Bearbeitung dieser Lehre so wenig auf die Quellen zurückgegangen ist. Man hat an die Aufstellungen der Glosse angeknüpft und ist von deren Darstellung ausgegangen, indem man ihre Sätze beibehielt oder bestritt. Man hat a priori construirt und die Quellenzeugnisse nur gelegentlich und oft in etwas gewaltsamer Weise zur Bestätigung der auf diesem Wege gefundenen Resultate benutzt. Die Eintheilung in praesumtiones hominis, iuris und iuris et de iure erschöpft das Wesen nicht und trifft nicht überall zu; etwas Wahres liegt allerdings in dieser Eintheilung, sonst hätte sie sich auch nicht Jahrhunderte lang halten können, aber darin, daß sie nicht ausreicht und das Wesen nicht trifft und man doch stets von ihr ausgeht und bei ihr stehen bleibt, liegt der Grund, daß die Lehre von den Präsumtionen noch immer nicht zu einem befriedigenden Abschluß gebracht ist.

Den Präsumtionsstoff, die Fälle, in welchen wir von Präsumtionen reden können und in welchen wirklich davon geredet wird, zerfällt in verschiedene Gruppen. Es wird die Hauptaufgabe unserer Untersuchung sein müssen, diese verschiedenen Gruppen auseinander zu halten und die Fälle als verschiedene zu characterisiren. Denn das Wort hat nicht von Haus aus eine bestimmte abgegrenzte Bedeutung, der Begriff ist nicht ein fester, technischer, so daß uns sofort ein Rechtsgebilde klar vor Augen stände, sobald wir den Namen aussprechen. Wir können strenggenommen auch nicht von vornherein sagen, daß eine der verschiedenen Bedeutungen und Anwendungen, in welchen Präsumtion vorkommt, die eigentliche wäre, daß man nur hier mit Recht davon sprechen könne, denn das Wort ist eben zu allgemein, als daß es sich im Dienst einer bestimmten Bedeutung, einer bestimmten Function gebrauchen ließe. Der Gebrauch des Wortes in einem so weiten die verschiedensten Fälle umfassenden Sinn schadet auch an sich nicht, wenn man nur nicht falsche Begriffe damit verbindet und falsche Consequenzen daraus zieht. Der Sprachgebrauch, da von Präsumtion zu reden, wo etwas nicht bewiesen zu werden braucht, ist zu tief eingewurzelt, als daß er sich einfach ignoriren ließe. »Bona fides, Willensernstlichkeit, Dispositionsfähigkeit u. s. w. wird präsumirt«, wird doch gesagt trotz aller Angriffe, und die Berechtigung dazu findet man in den Quellen, die sich selbst des Wortes in einer so weiten Bedeutung bedienen; es ist an sich kein Grund vorhanden, die Sprache der Quellen nicht beizubehalten oder sie gar als verwerflich zu verdammen, man kann ohne Nachtheil sagen, bona fides werde präsumirt, wenn man nur weiß und festhält, daß es ein anderes Präsumiren ist als z. E. bei der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant. Wenn ich daher im Folgenden von wahren technischen Präsumtionen spreche, so soll damit nicht gesagt sein, daß man nicht in andern Fällen mit gleichem Recht diesen Ausdruck gebrauchen könne, sondern nur, daß hier an die Stelle des vieldeutigen, vielumfassenden Begriffs ein Begriff von bestimmterem, ausgeprägterem Character, von selbstständiger, eigenthümlicher Bedeutung getreten ist.

Eine Darstellung recht eigentlich aus den Quellen heraus

und nach den Anhaltpuncten, die sie gewähren, ist noch nicht versucht worden, und doch glaube ich, daß man auf diesem Wege zu richtigeren Resultaten kommen wird, als die sind, welche die herrschende Lehre uns bietet. Wir werden uns daher zunächst mit denjenigen Stellen der römischen Rechtsquellen beschäftigen, in welchen uns das Wort praesumtio begegnet, um dann auf dieser Grundlage die weitere Untersuchung aufzubauen.

Daß die Römer den Ausdruck praesumtio als einen technischen kennen, beweist die Rubrik des Tit. Dig. 22. 3[1]), welche als Inhalt dieses Titels neben den probationes die praesumtiones nennt, während der correspondirende Titel des Codex (4. 19.) nur de probationibus überschrieben ist. Da dieser Pandectentitel der einzige ist, der ex professo von den Präsumtionen handelt, so ist er an sich gewiß am geeignetsten, über den Begriff und das Wesen derselben Aufschluß zu geben. Es fragt sich, was praesumtio hier heißt und in welchem Verhältniß die praesumtiones zu den probationes stehn. Da ist denn nun zunächst festzustellen, daß das Wort praesumtio in dem ganzen Titel nur zweimal vorkommt, nämlich in der l. 24. u. l. 25. pr.

L. 24. lautet:

Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.

Der die Zahlung der Schuld behauptende debitor hat den Beweis der Zahlung zu führen. Wenn aber der über die Schuld ausgestellte Schein durchstrichen ist, so gilt er nach der Vermuthung als liberirt, doch hat der Gläubiger das Recht, durch klare Beweise darzuthun, daß trotzdem die Schuld nicht getilgt sei. Daß die cancellatio chirographi den Beweis der Liberation ersetze, wird hier gar nicht als die Hauptsache behandelt, sondern es wird vorzüglich hervorgehoben, daß der Gläubiger den Gegenbeweis, dahin gerichtet, daß die Schuld noch bestehe, führen könne. Dies zeigt, daß Präsumtion nicht blos Wahrscheinlichkeit bedeutet, sondern daß es ein bestimmter Begriff mit bestimmten Wirkungen ist.

[1]) In der Folge h. t. citirt.

Hieße es blos Wahrscheinlichkeit, so bedürfte es nicht des besondern Nachdrucks, der darauf gelegt wird, daß der Gegenbeweis zuläßig sei. Wenn dem Richter die Tilgung der Schuld blos wahrscheinlich gemacht würde, so würde er natürlich selbst beurtheilen, ob die Wahrscheinlichkeit so groß sei, um den Beklagten zu absolviren, und dabei würde er selbstverständlich berücksichtigen, was Kläger vorgebracht gegen die an und für sich zur Begründung der Wahrscheinlichkeit genügenden Beweishandlungen des Beklagten. Denn an sich ist die Folgerung: ein Schuldschein ist durchstrichen oder zerrissen, also ist die darin genannte Schuld durch Zahlung, Erlaß oder sonst wie getilgt, nicht so stark, daß der Richter ohne Weiteres darauf hin den Beklagten freisprechen könnte, gleich als hätte er die Aufhebung der Forderung durch Zeugen oder andere Beweismittel bewiesen. Dieses Hervorheben der Zuläßigkeit des Gegenbeweises deutet darauf hin, daß diese Präsumtion die volle Wirkung eines auf andere Art geführten Beweises hat. Wären Zeugen oder Urkunden als Beweismittel gebraucht worden, so würde der Verfasser dieser Stelle sich allerdings wohl nicht veranlaßt gesehen haben, die Statthaftigkeit des Gegenbeweises besonders zu urgiren, da ja im römischen, wie auch ähnlich im ältern deutschen Recht von einem technischen Gegenbeweis d. h. dem Versuch des Beklagten, den bereits erbrachten und feststehenden Beweis des Klägers zu vernichten, überhaupt nicht die Rede ist, sondern vielmehr nach Abwägung der von beiden Seiten zur Bewahrheitung der sich entgegengesetzten Behauptungen vorgebrachten Beweismomente entschieden wurde, welches das Resultat der Beweisführung sei. Hier aber, wo der Schuldner praesumtione liberatus war, konnte es zweifelhaft sein, und der Jurist löst diesen Zweifel; die Präsumtion hat zwar, so zu sagen, eine non vilis auctoritas, aber non usque adeo sui valitura momento, daß sie absolut gelten und den Gegenbeweis, von dem hier, gegenüber dem durch die Präsumtion bereits feststehenden oder ersetzten Beweis der Tilgung der Schuld, recht wohl auch in einer formellen Bedeutung gesprochen werden kann, ausschließen sollte. Die Präsumtion ist hier der Schluß: chirographum cancellatum, also debitor liberatus; wenn das eine ist, ist das andere, aus jenem folgt

dieses. So stellt sich uns wenigstens der Satz dar und so müssen wir ihn im concreten Fall zur Anwendung bringen: der Grund für die Annahme der Befreiung des Schuldners ist das Durchstrichensein des Schuldscheines. Der Weg aber, auf dem dieser objective Vermuthungssatz entstanden ist, der Grund, warum der Jurist ihn aufgestellt hat, ist umgekehrt der: wenn der debitor nicht liberirt wäre, wenn die Schuld noch bestände, würde der Schuldschein wahrscheinlich nicht durchstrichen sein, es ist wahrscheinlich, daß Jemand mit solchen Urkunden, die sein Recht beweisen und seinen Anspruch sichern, sorgfältig umgeht und sie vor den äußern Zeichen der Nichtgeltung hütet, darum gilt, wenn die Urkunde durchstrichen ist, der Schuldner als liberirt. Wir haben es nun, wenn wirklich der Vermuthungssatz — chirographum cancellatum, also debitor liberatus — feststeht, zunächst nur mit diesem Satze zu thun, nicht mit dem Motiv, weßhalb er aufgestellt ist. Das Durchstrichensein ist für uns der Grund, die Befreiung des Schuldners anzunehmen; den Rückschluß: die Befreiung des Schuldners ist der Grund des Durchstrichenseins, brauchen wir nicht zu machen, wir können daraus, daß uns dieser Schluß gewagt und häufig unzutreffend scheint, nicht die Zulässigkeit des infolge davon aufgestellten Satzes bestreiten. Praesumtio hat also hier die Bedeutung: es ist der Satz, daß aus einer bestimmten Thatsache eine andere Thatsache folgt, so daß, wenn nur jene bewiesen wird, dies ebenso ist, als wäre diese bewiesen worden, der Satz, daß eine Thatsache angenommen wird, ohne daß diese Thatsache selbst bewiesen ist. Die Folgerung ist jedoch keine absolut nothwendige, die Vorschrift, daß dies angenommen werden solle, keine absolut geltende, sondern es ist der Beweis zulässig, daß trotz der Wahrheit des Satzes im Allgemeinen doch im concreten Fall die gefolgerte Thatsache nicht wahr sei [2].

[2]) Es mag hier die Bemerkung Platz finden, daß die Römer in dem Schuldschein gewissermaßen eine Verkörperung der Schuld erblicken! Dies äußert sich nach mehrfachen Richtungen dahin, daß, was mit dem Schuldschein vorgenommen wird, als mit der Schuld selbst vorgenommen gilt. Legat des Schuldscheins gilt als Legat der Forderung l. 59. de leg. III. l. 44. §. 5. de leg. I. Verpfändung des Schuldscheins steht der Ver-

Vergleichen wir damit die Bedeutung des Wortes in l. 25. pr. eod. Es wird hier die Frage erörtert, von wem und was bei der condictio indebiti zu beweisen sei, und nachdem ausgeführt ist, daß, falls Beklagter die Zahlung Seitens des Klägers geleugnet habe und überführt worden sei, er den Beweis zu erbringen habe, daß ein debilum gezahlt worden, fährt Paulus fort:

Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile pecunias suas iactet et indebitas effundat et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cuius personam incredibile est, in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit.

Liegt der Ausnahmefall, wo Beklagter zur Strafe für sein Leugnen den Beweis des debitum führen muß, nicht vor, so ist Kläger zum Beweis anzuhalten, daß er irrthümlich ein indebitum gezahlt habe, und zwar deßhalb, weil die praesumtio für den Empfänger ist. Das Wort hat hier im Allgemeinen die gleiche Bedeutung, wie in der ersten Stelle, insofern als hier wie dort die Wahrscheinlichkeit damit bezeichnet ist. Und doch besteht wieder hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung der allgemeinen Wahrscheinlichkeitsannahme ein großer Unterschied zwischen den beiden Fällen. Dort steht fest, daß den Beklagten die Beweislast hin-

---

pfändung des nomen gleich l. 7. C. de hered. vend. 4. 39. Rückgabe des chirographum bezüglich Befehl der Rückgabe oder Legat des chirographum ist gleich dem Erlaß der Schuld bezüglich der liberatio legata l. 2. §. 1. de pact. 2. 14. l. 7. C. de remiss. pign. 8. 26. l. 84. §. 7. de leg. I. Durch Schenkung und Tradition der Kaufurkunde erwirbt der Beschenkte das Eigenthum des Kaufobjects l. 1. C. de donation. 8. 54. Wenn der Herr des Sclaven diesem die Urkunde, woraus erhellt, daß er Sclave ist, übergiebt oder vernichtet, so wird der Sclave frei. l. un. §. 11. C. de latina libert. toll. 7. 6. — Cfr. auch l. 47. §. 1. de pact. — l. 84. §. 3. vergl. mit l. 27. de furt. 47. 2.

sichtlich der Befreiung von der Schuld trifft, diesen Beweis erbringt er mit Hilfe der Präsumtion durch den Beweis einer andern Thatsache, ohne den Beweis der Tilgung wird die Tilgung angenommen; hier soll die Frage entschieden werden, ob Kläger den Beweis des indebitum oder Beklagter den des debitum übernehmen müsse, und sie wird eben dahin beantwortet, infolge der für den Beklagten sprechenden Präsumtion den Kläger die Beweispflicht treffe. Dort Erleichterung des nach der allgemeinen Regel Beweispflichtigen durch die Präsumtion, indem statt des Beweises der das eigentliche Beweisthema bildenden Thatsache der Beweis einer andern genügt, hier durch die Präsumtion Bestimmung des Beweispflichtigen. Es ist hier nicht der objective Satz aufgestellt, wonach aus einer bestimmten Thatsache eine andere folgen soll, sondern es ist eine Berufung auf eine allgemein menschliche Wahrscheinlichkeit: es ist nicht glaublich, daß Jemand, besonders ein sorgfältiger Mensch, sich darüber irrt, ob er etwas schuldet oder nicht, Niemand ist so thöricht, leichtsinnig sein Geld zu verschleudern; hat Jemand einem Andern Geld gezahlt, so wird das wohl einen Grund gehabt haben, fordert er es also als ohne Grund gezahlt zurück, so muß er beweisen und zwar nicht nur, daß es ein indebitum war, sondern auch, daß die Zahlung aus Irrthum erfolgt ist, da es ja auch möglich ist, daß er die Nichtschuld wissentlich gezahlt hat. Man könnte wegen dieser Stelle geneigt sein — und daß es in der That der Fall gewesen, ist aus der Darstellung im ersten Abschnitt ersichtlich [3]) —, der Präsumtion und zwar der blos menschlichen Wahrscheinlichkeit auch die Wirkung beizulegen, daß sie die Beweislast bestimme, daß danach, je nachdem die Wahrscheinlichkeit für die Behauptung des einen oder des andern spricht, allgemein zu entscheiden sei, ob Kläger oder Beklagter den Beweis seiner Behauptung zu erbringen hat. Daß aber diese Ansicht, obschon die citirte Stelle für sie zu sprechen scheint, nicht haltbar ist, dürfte folgende Erwägung, auf die wir später zurückkommen werden, ergeben. Derjenige, der ein Interesse daran hat, Veränderung eines factisch bestehenden Zustandes herbei-

[3]) Cfr. insbesondere Endemann a. a. O. pag. 86. A. 5.

zuführen und der deßhalb den darauf gerichteten Anspruch gerichtlich geltend macht, muß nach der allgemeinen und unbestrittenen, von demselben Paulus in l. 2. h. t. aufgestellten Beweisregel die zur Begründung dieses Anspruchs geeigneten Thatsachen beweisen. Beklagter hat eine Zahlung erhalten, Kläger will diese Zahlung rückgängig machen und führt dafür an, daß das Geld ohne genügenden Rechtsgrund aus seinem Vermögen in das des Beklagten gekommen sei. Das hat er also auch zu beweisen. Allerdings ist es nicht wahrscheinlich, daß ein sorgfältiger Mensch leichtsinnig mit dem Geld umgeht und etwas als eine Schuld bezahlt, wozu er nicht verpflichtet ist, und es wird ihm deßhalb vielleicht schwerer sein, den Beweis zu erbringen, als wenn die Wahrscheinlichkeit nicht gegen ihn spräche [4]), aber der Grund, daß ihn die Beweislast überhaupt trifft, ist das nicht. Nehmen wir an, daß Jemand in der That als leichtsinniger Mensch bekannt ist, würde er darum an sich, ohne positive Bestimmung, von der Beweislast befreit sein? Würde er gegen seine Gläubiger auftreten und Herausgabe des Gezahlten verlangen können, weil es wahrscheinlich sei, daß er ein indebitum gezahlt habe, und würde er dadurch die Gläubiger, die vielleicht im Gefühl ihrer Sicherheit und im Bewußtsein, daß die Sache eine abgethane sei, ihre Beweismittel vernichtet haben, zum Beweis ihrer Forderungen nöthigen können? Gewiß nicht! Aber, wird man mir entgegenhalten, was soll dann die Präsumtion in dieser Stelle, es ist doch nicht zu leugnen, daß der Jurist seine Entscheidung darauf stützt? Das ist wahr, ändert aber daran nichts, daß der eigentliche Grund, weßhalb Kläger beweisen muß, in der allgemeinen Beweisregel liegt. Es kommt ja auch im gewöhnlichen Leben oft vor, daß man neben einer streng schlüssigen, allein schon zum Beweis einer Behauptung hinreichenden Argumentation noch ein leichter faßliches argumentum ad hominem dem Gegner vorlegt, und man würde doch wohl protestiren, wenn dieser mit Beiseitelassung der eigentlich überzeugenden Beweis-

[4]) Das ist gemeint, wenn die älteren Schriftsteller sagen, daß die Präsumtion, cui statur, donec contra probetur, nicht immer die Beweislast von dem Einen auf den Andern übertrage, sondern bisweilen auch den Kläger mit einem schwierigeren Beweis belaste.

führung sich gegen das argumentum ad hominem richtete, dessen Schwächen und Unrichtigkeiten nachweisen und dann behaupten wollte, er habe unsere Beweisführung widerlegt. Und so finden wir auch nicht selten Beispiele in den Quellen, daß eine Entscheidung, die auf allgemeinen Grundsätzen ruht und danach begründet ist, gewissermaßen pro coloranda causa, entweder allein oder nebenbei auf andere gestützt wird. Diese Behauptung werde ich zunächst zu beweisen haben, und zwar bieten sogleich zwei Stellen dieses Titels das Material für die Bestätigung.

In l. 8. h. t. wird entschieden, daß, wenn ein Sohn die Präjudicialklage gegen den Vater anstellt nnd diesem die patria potestas bestreitet, der Sohn mit dem Beweis vorgehen muß, quia et pro pietate, quam patri debet praestare, hoc statuendum est, et quia se liberum esse quodammodo contendit. Die Bezugnahme auf die pietas patri debita hätte ganz fehlen können, der Sohn muß als Kläger beweisen, so gut wie der, qui ad libertatem proclamat, bei dem ein anderer Entscheidungsgrund nicht angeführt ist. Freilich muß der Sohn auch beweisen, wenn der Vater mit der Präjudicialklage gegen ihn auftritt, aber wieder nicht aus diesen Gründen, sondern aus einem andern Grund, von dem wir später (§. 18.) zu sprechen haben werden.

In l. 9. h. t. wird die Frage aufgeworfen, ob, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner ein pactum de non petendo ohne Erwähnung des Erben des Schuldners abgeschlossen ist, auch der Erbe sich darauf berufen könne. Die Entscheidung lautet: der Gläubiger muß beweisen, daß der Erbe nicht mit inbegriffen gewesen sei, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus. Daß das nicht der eigentliche Grund der Entscheidung ist, geht aus l. 40. pr. de pactis 2. 14. und l. 15. de lib. leg. 34. 3. hervor, wonach ein pactum de non petendo, welches abgeschlossen, und ein legatum liberationis, welches hinterlassen ist, ohne daß des Erben des Schuldners Erwähnung gethan ist, dem Erben ohne Weiteres dieselben Rechte giebt, wie seinem Erblasser.[5])

[5]) Cfr. l. 7. §. 8. de pact. Cfr. l. 8. §. 4. de pign. act. 13. 7. Cfr. auch l. 8. pr. de leg. I. Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem deberi placet, quia etiam si

Einen andern Sinn hat auch hier das Erwähnen der Präsumtion nicht, sie hat lediglich die Wirkung, ein schon aus der allgemeinen Beweisregel [6]) sich ergebendes Resultat zu verstärken. Es hat dies aber hier wohl auch noch einen andern Grund, nämlich die Ausnahmebestimmung, welche der §. 1. dieser Stelle enthält, zu motiviren. Wenn ein pupillus oder miles oder agricultor vel alias simplicitate gaudens die condictio indebiti anstellt, dann muß der Empfänger des Geldes beweisen, daß es ihm geschuldet war; das Motiv dieser Bestimmung ist zuletzt, daß solchen Leuten das leichtsinnige Umgehen mit dem Geld und Zahlung einer Nichtschuld zugetraut werden kann, dieses Motiv ist aber nicht hier positiv ausgesprochen, sondern es liegt in der im pr. enthaltenen Negative, daß bei einem sorgfältigen Menschen das facile pecunias iactare unwahrscheinlich ist.

Eine ganz ähnliche Fassung wie l. 25. pr. h. t. hat die l. ult. pr. quod metus c. 4. 2.

> Non est verisimile, compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset; sed huiusmodi praesumtioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.

Jemand hat die actio quod metus causa angestellt, um eine durch vis ac metus ihm abgezwungene Zahlung einer Nichtschuld rückgängig zu machen. Der Kläger ist ein mit clara dignitas

---

adiecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet. — l. 8. §. 1. de iure codic. 29. 7. Ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem. Ueber die letztere Stelle cfr. unten §. 32. N. 18. — Cfr. auch l. 3. u. l. 27. h. t. (s. den folg. §.)

[6]) Auf die allgemeine Beweisregel bezieht sich auch der §. 2. eod., ohne auf die Präsumtion Rücksicht zu nehmen: — secundum generalem regulam quae eos qui — solvisse indebita contendunt, haec ostendere exigit. — Inwiefern eine Beziehung zwischen den allgemeinen Beweisregeln und der Präsumtion besteht, werden wir später zu erörtern haben. (cfr. §. 18.)

bekleideter Mann, ein Senator, die Zahlung ist in der Stadt, in Rom selbst erfolgt, es wäre ihm daher wohl leicht gewesen, den Schutz der obrigkeitlichen Gewalt anzurufen; aus diesen Umständen ist anzunehmen, daß sein Vorbringen nicht wahr sei, es ist nicht glaubhaft, daß er wirklich gezwungen gezahlt hat. Diese gegen ihn sprechende Wahrscheinlichkeit muß er widerlegen. Aber daß ihm der Beweis des erlittenen Zwanges obliegt, ist nicht Wirkung dieser Präsumtion; er würde, auch wenn von allen diesen den erlittenen Zwang unwahrscheinlich machenden Umständen keiner vorläge, doch als Kläger nach der allgemeinen Regel den Beweis dieser Thatsache, die zur Begründung seines Anspruchs gehört, zu führen haben. Nur schwerer wird ihm hier der Beweis. Denn bei Entscheidung der Frage, ob ein die Voraussetzung der Klage bildender iustus metus vorliegt, hat natürlich der Richter die concreten Umstände, unter denen die Zahlung erfolgt sein soll, zu berücksichtigen, die Umstände sind aber hier nicht der Art, daß die Furcht gerechtfertigt erschiene, daher muß der Kläger, wenn er durchdringen will, Umstände vorbringen, aus welchen der Richter entnimmt, daß trotz der entgegenstehenden Gründe die Furcht des Klägers ein metus iustus non vani hominis war. Daß dies allein die Bedeutung der Worte: huiusmodi praesumtioni debet apertissimas probationes violentiae opponere ist, ergiebt sich aus den folgenden §§., wo von Fällen einer gerechtfertigten Furcht die Rede ist, sowie aus l. 35. C. de transaction. 2. 4., wo die unter dem Vorwand der Furcht verlangte Wiederaufhebung eines Vergleichs deßhalb versagt wird, weil derselbe amicis intervenientibus abgeschlossen war, also unter Umständen, die eine begründete Furcht ausschließen.

## §. 13.

### Der sonstige Inhalt dieses Titels.

Die beiden eben erörterten Stellen sind, wie bereits erwähnt, die einzigen in diesem Titel, in welchen das Wort praesumtio gebraucht ist. In der einen bedeutet es die Regel, wonach aus der einen Thatsache eine andere folgt, so daß mit dem Beweis der einen der der andern erbracht ist; in der andern blos die

Wahrscheinlichkeit, die nach der gewöhnlichen menschlichen Anschauung begründet ist, und die in der That weder etwas an der Beweislast ändert noch wie dort die Folge hat, daß an Stelle der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere bewiesen werden kann. Welche von diesen beiden Bedeutungen kommt nun den praesumtiones in der Rubrik unsres Titels zu und wie verhalten sie sich zu den probationes? Um dies beantworten zu können, ist es erforderlich, die Bedeutung von probatio zu erörtern. Probatio ist bekanntlich so vieldeutig wie unser „Beweis." Es ist sowohl die Handlung der Parteien, um die Ueberzeugung des Richters zu begründen, die Beweisführung, als das Resultat derselben, sowie die Mittel und Wege, wodurch es erreicht wird, Beweismittel und Beweisgrund. Was es hier heißt, müssen wir aus dem Inhalt der einzelnen Stellen dieses sowie des Codextitels entnehmen. In beiden wird neben der ganz allgemeinen Regel, daß Kläger seine Klage, Beklagter seine Einreden zu beweisen habe, hauptsächlich an einzelnen zu größerem oder geringerem Zweifel Veranlassung bietenden Fällen die Frage erörtert, von wem und was zu beweisen sei, welche beide Fragen, wie wir später genauer besprechen werden (§. 18.), eben abgesehen von der ganz allgemeinen Regel, stets Hand in Hand gehn. Auch wird von einzelnen Beweismitteln und dem Gewicht, welches ihnen beizulegen ist, gesprochen. Im Codex (l. 19.) kommt auch die rein formelle Bestimmung über den Zeitpunkt vor, in welchem eine exceptio dilatoria vorgeschützt und bewiesen werden muß. Aus alledem, zusammengehalten mit dem Umstand, daß in den beiden folgenden Titeln der Pandecten wie des Codex noch speciell von den beiden Hauptbeweismitteln, Zeugen und Urkunden, gehandelt wird, geht hervor, daß man das »probationes« in der Rubrik übersetzen muß: „vom Beweis im Allgemeinen," so daß die drei Fragen, mit denen die Theorie des Beweises sich zu beschäftigen hat, die Fragen, von wem was und wie bewiesen werden muß, unter dieser Ueberschrift erörtert werden können. Das Resultat der Beweisführung kann damit nicht gemeint sein, indem hierzu die praesumtiones nicht passen würden, denn die aus der Beweisführung resultirende Wahrscheinlichkeit, den unvollständigen Beweis, im Gegensatz zu

plena probatio haben die Römer nie praesumtio genannt, dafür kommen nur die Ausdrücke indicia, argumenta u. a. vor. Auch Beweismittel kann es nicht allein heißen, denn die wenigsten Stellen haben diese zum Gegenstand, und was sollten denn praesumtiones in Verbindung damit bedeuten? Wenn wir nun bei den beiden Stellen stehn bleiben, wo der Präsumtion ausdrücklich Erwähnung geschieht, so haben wir, um das Verhältniß derselben zum Beweis zu bestimmen, nur die Wahl zwischen zwei Auffassungen der Rubrik des Pandectentitels, entweder müssen wir sie wiedergeben, „Vom Beweis im Allgemeinen und von den Vermuthungen, die die Beweislast bestimmen“ oder „Vom Beweis im Allgemeinen und von den Vermuthungen, die die Stelle des Beweises vertreten.“ Welche von diesen beiden Auffassungen die richtige ist, kann nach dem eben Ausgeführten nicht zweifelhaft sein; durch die Präsumtion in l. 25. pr. h. t. wird die Beweislast nicht bestimmt, denn es hätte der Präsumtion gar nicht bedurft, um so zu entscheiden, wie dort entschieden ist; es bleibt also blos das Resultat, welches wir aus der l. 24. eod. gezogen haben: infolge des Vermuthungssatzes wird an die Stelle der das eigentliche Beweisthema bildenden Thatsache eine andere gesetzt, deren Beweis dieselbe Wirkung hat, wie der Beweis jener; es tritt eine Veränderung der Beweislast ein, aber nicht das Wer muß beweisen, sondern das Was muß bewiesen werden, wird verändert[1]). Von dieser Auffassung weichen allerdings die älteren Schriftsteller, die die Frage nach dem Verhältniß der probationes und praesumtiones in der Titelrubrik berührt haben, ab. So erklärt Donell die Zusammenstellung daraus, daß durch die Präsumtion eine Ausnahme von der Regel ei incumbit probatio qui dicit gemacht und die Beweislast auf den Gegner übertragen werde; Duaren faßt die Präsumtion als künstlichen Beweis auf, welcher nur nicht volle Gewißheit erbringe, indem das Behauptete nicht naturali et necessaria, sed probabili ratione colligitur, und welcher bisweilen vom Beweis im Allgemeinen

[1]) Ueber die allgemeinere Bedeutung von praesumere als Annehmen, bezüglich Annehmen ohne Beweis cfr. die folgg. §§.

unterschieden und im Rubrum dieses Titels praesumtio genannt werde; nach Meier wird die Präsumtion mit Unrecht eine Art des Beweises genannt, es ist mehr eine durch Beweismittel entstandene Meinung und macht die Sache nicht bewiesen, sondern nur wahrscheinlich; in diesem Sinne werde auch die praesumtio der probatio in diesem Titel entgegengesetzt[2]). Daß diese Ansichten unbegründet sind, glaube ich durch die obige Ausführung dargethan zu haben.

Sollte aber in dem ganzen Pandectentitel nur dieses eine Beispiel einer Präsumtion, welches wirklich die Merkmale derjenigen Präsumtionen trägt, von welcher das Rubrum zu handeln verheißt,, enthalten sein? Undenkbar wäre es nicht, ja nicht einmal auffallend, denn es werden ja in diesem Titel, der einen Anhang zu den vorausgehenden von den Actionen handelnden bildet, überhaupt nur beispielsweise einzelne auf den Beweis bezügliche Fragen erörtert, und da können wohl die Compilatoren die Beantwortung der Frage, von wem und was in einzelnen zu Zweifel Veranlassung gebenden Fällen bewiesen werden müsse, für das wichtigere und den Fall der l. 24. für genügend gehalten haben; um daran zu erkennen, was mit den praesumtiones gemeint ist[3]). Prüfen wir aber die übrigen Stellen, ob wir nicht in ihnen, obgleich das Wort praesumtio nicht gebraucht ist, eine Aehnlichkeit im Sinne oder im Ausdruck mit einem der beiden Fälle entdecken, in welchen in l. 24. und l. 25. pr. h. t. dieser Ausdruck vorkommt. Die einzigen Stellen, die in dieser Hinsicht in Betracht kommen, sind l. 3. 9. 13. 26. 27. h. t.

---

[2]) Donelli Comm. de iure civ. Lib. XXV. de prob. ad l. 1. C. h. t. Duareni Comm. in T. D. de prob. cap. 5. Meier Colleg. Argent. in T. D. de prob. §. 14. Ueber die Ansicht Endemanns cfr. oben §. 10.

[3]) Dazu kommt als eine entfernte Möglichkeit, daß die Compilatoren das Wort praesumtio in einer ganz vulgären Bedeutung genommen haben könnten, in einer Bedeutung|, die bei den mittelalterlichen Schriftstellern zu so großen Verkehrtheiten geführt hat, nämlich im Gegensatz zum Beweis, indem sie gegenüberstellen: was bewiesen werden muß und was nicht bewiesen zu werden braucht, und das letztere als Präsumirtwerden bezeichnen. Daß in diesem Sinne die Präsumtion keine selbstständige Bedeutung hat, werden wir bei einer spätern Ausführung (cfr. unten §. 18) wahrnehmen.

Die l. 3.:

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo qnam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere qui convenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere quorum fidem elegerunt

wird gewöhnlich [4]) als Beleg dafür citirt, daß durch die Präsumtion die Beweislast auf Beklagten übertragen werde. Wenn man tacitum fideicommissum als ein einem incapax im Testament oder Codicill ausdrücklich hinterlassenes Vermächtniß auffassen dürfte, würde man allerdings diese Behauptung darauf stützen können. Die Argumentation wäre dann die: Jemand ist im ersten Testament zum Erben eingesetzt und ihm ein Vermächtniß an einen incapax aufgelegt worden; dieses Testament wird aufgehoben durch ein späteres, in welchem derselbe Erbe wieder eingesetzt und nun das Vermächtniß an den incapax weggefallen ist. Der Fiscus, der das Hinterlassene vindicirt, hätte an sich den Beweis zu führen, daß trotz des zweiten das erste seinem ganzen Inhalt nach aufhebenden Testamentes doch das Vermächtniß an den incapax nicht aufgehoben sei; wenn nun doch gesagt wird, der beklagte Erbe müsse die Willensänderung beweisen, so wäre das allerdings eine Aenderung der Beweislast, die in einer Vermuthung ihren Grund haben könnte. Aber das ist nicht der Sinn dieser Stelle. Von einem tacitum fideicommissum ist, wie auch allgemein anerkannt wird, gerade nur dann die Rede, wenn im Testament davon nichts geschrieben steht, wenn der Erblasser, um das Verbot eines Vermächtnisses an eine persona incapax zu umgehen, sich von dem künftigen Erben schriftlich oder mündlich hat versprechen lassen, daß dieser das ihm Hinterlassene oder etwas anderes dem incapax restituiren wolle [5]). Der Fiscus

[4]) Cfr. z. E. Cuiac. O. O. VII. col. 850.

[5]) l. 25. pr. de his quae ut indign. 34. 9., dazu Cuiacius O. O. VII. col. 1046. D. l. 3. pr. l. 25. l. 48. pr. de iure fisci 49. 14. l. 3. C. ad l. Falc. 6. 50. l. 1. C. de delator. 10. 11. l. 103. 123. §. 1. de leg. I.

hat hiervon Kunde erhalten und klagt gegen den Erben als indignus; Beklagter gesteht, oder es ist vom Fiscus bewiesen (wie sich dies aus den Worten probatio mutatae voluntatis ergiebt), daß bei Abfassung des ersten Testaments eine solche Verabredung zwischen ihm und dem Erblasser getroffen ist, behauptet aber, daß der Erblasser seinen Willen geändert habe und stützt sich zum Beweis dafür auf das zweite Testament. Die Entscheidung lautet, daß ihm dennoch die probatio mutatae voluntatis obliege. Und das ist ganz consequent und der allgemeinen Beweisregel gemäß, durchaus nichts singuläres. Es steht fest, daß der Erbe die ihm aufgelegte Verpflichtung übernommen hat und zwar ist dies nicht durch den Inhalt des ersten Testaments festgestellt, welches ja gar nichts davon enthält, sondern auf andere Weise; behauptet der Erbe, daß, wenn auch die Verabredung einmal bestanden habe, sie doch später wieder aufgehoben sei, so muß er nach der allgemeinen in l. 22. h. t. ausgesprochene Regel — eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere — beweisen und das kann er natürlich durch das zweite Testament allein so wenig wie die Verabredung durch das erste bewiesen worden ist. Der angeführte Entscheidungsgrund ist hier, wie in l. 25. pr. h. t. die Wahrscheinlichkeit — der Umstand, daß das heimliche Fideicommiß übernommen worden ist, ist für die Erblasser gewöhnlich das Motiv, diejenigen, denen sie einmal vertraut haben, auf solche Weise zu Erben zu ernennen; sie pflegen das erste Testament aufzuheben, damit man glauben soll, auch das Fideicommiß bestehe nicht mehr. Aber der eigentliche Grund ist dies hier so wenig wie dort; er könnte fehlen und es müßte doch so entschieden werden.

Daß ganz das Gleiche von der l. 9. h. t. gilt, haben wir schon bei Gelegenheit der Besprechung der l. 25. h. t. gesehen.

In dieselbe Kategorie gehört auch die l. 27. h. t. Jemandem, der nur theilweise Capacität hatte, ist vom Erblasser zuerst ein Legat in dem Betrag, zu dessen Erwerb derselbe fähig war, gegeben worden; außerdem war aber dem Erben aufgelegt worden, jenem noch andere Summen auszuzahlen, die derselbe nach Angabe des Erblassers von diesem zu fordern hatte. Scävola

ertheilt das Responsum: der Legatar kann diese andern Summen nicht fordern, wenn er nicht beweist, daß sie ihm wirklich von dem Erblasser geschuldet wurden, videri enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse. Gewiß liegt in einem solchen Falle der Gedanke nahe, daß der Erblasser durch seine Erklärung die Vorschrift des Gesetzes hat umgehen wollen; aber diese Wahrscheinlichkeit ist nicht der eigentliche Grund der Entscheidung, noch weniger wird dadurch, wie Manche wollen (z. E. Cuiacius a. a. O. col. 862), die Beweislast verändert, sondern der Legatar muß nach allgemeinen Grundsätzen beweisen. Die actio ex testamento kann er nicht anstellen, denn wenn durch das legatum debiti nicht ein Vortheil für den Gläubiger begründet wird, wenn es nicht ein plus in irgend einer Beziehung für ihn enthält, ist das Legat als solches ungiltig, enthält es aber ein plus, so steht der Giltigkeit die beschränkte Capacität des Legatars entgegen. Wäre derselbe unbeschränkt erwerbsfähig, so würde er, auch wenn die Schuld nicht existirte, das Legat fordern können nach dem Satze: falsa causa adiecta non nocet; da das aber nicht der Fall ist, kann er nur die gewöhnliche Schuldklage auf Bezahlung seiner Forderung gebrauchen und muß daher dieselbe beweisen. Das Geständniß des Erblassers im Testament kann ihn von diesem Beweis nicht befreien, er kann sich darauf nicht berufen, weil sonst das gesetzliche Verbot rein illusorisch wäre. Also auch hier haben wir es lediglich mit der Anwendung einer allgemeinen Beweisregel zu thun, zu deren Unterstützung nur noch die Wahrscheinlichkeit herbeigezogen ist.

Die l. 13. h. t. habe ich nur deßhalb angeführt, weil in ihr der Ausdruck credibilius gebraucht und auf die Wahrscheinlichkeit Bezug genommen ist. Es handelt sich hier um den Beweis des Alters, vielleicht der minor aetas zu dem Zweck, um die in integrum restitutio zu erlangen. Der Beweis soll geführt werden durch die professio natalium, d. h. die entweder zu Protocoll gegebene Erklärung oder in einer blosen Privatscriptur enthaltene Bemerkung der Eltern darüber, daß und wann ihnen ein Kind geboren sei. Von dem Gegner waren aber diversae professiones vorgebracht worden, die andere Angaben über die Zeit der Geburt

enthielten, was leicht vorkommen konnte, da nicht nur der Vater, sondern nach l. 16. h. t. auch die Mutter und der Großvater diese professio abzugeben berechtigt waren [6]). Es entsteht nun die Frage, welche von diesen professiones vorgehen, und es wird entschieden, daß man nicht gerade derjenigen, welche die nachtheilige Erklärung enthalte, Glauben schenken dürfe, sondern das Alter solle von da an berechnet werden, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur. Der Richter soll also prüfen, welche Urkunde ihm als die glaubwürdigere erscheint, ohne daß er darauf, von wem die Erklärung abgegeben und ob sie in einer öffentlichen oder Privaturkunde enthalten sei, allein Gewicht legen soll. (Cfr. auch l. 29. §. 1. h. t.) Es wird also der Prüfung des Richters anheimgestellt, ob er den Beweis für erbracht bezüglich ob er denselben durch den Gegenbeweis für zerstört erachtet. Wenn man hier von Präsumtion sprechen wollte, müßte man auch die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen, überhaupt die ganze Thätigkeit des Richters im ältern römischen Proceß bei der Frage, ob etwas bewiesen sei oder nicht, auf Präsumtionen zurückführen. Und davon ist nirgends die Rede.

Es bleibt sonach nur noch die l. 26. Hier wird die species facti ausführlich erzählt. Die Erben des A haben gegen dessen Schwester Procula geklagt, diese schützt gegen die Klage die exceptio compensationis vor wegen eines ihr von dem verstorbenen Bruder geschuldeten Fideicommisses von beträchtlicher Größe, die Kläger repliciren, daß diese Schuld nicht mehr bestehe, und stützen sich zum Beweis darauf, daß sie bei Lebzeiten des Erblassers niemals das Fideicommiß geltend gemacht habe, obgleich sie mit ihm in Rechnung und Gegenrechnung gestanden und häufig auf verschiedene Forderungen Zahlung geleistet habe. Der Richterspruch des Kaisers geht dahin, daß die Compensation unzulässig sei, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum. Dieser Fall hat scheinbar eine gewisse Aehnlichkeit mit dem in l. 24. h. t. erwähnten: statt des Beweises des Erlasses genügt der Beweis

---

[6]) Cfr. über diese professiones natales Glück Comm. Bd. 21. pag. 307 ff. cfr. auch l. 15. C. de lib. causa 7. 16.

anderer Thatsachen, aus welchen jener gefolgert wird. Aber die Aehnlichkeit ist doch nur eine scheinbare, der Unterschied zwischen beiden Fällen in der That ein sehr großer. Dort in l. 24. wird ohne alle Rücksicht auf etwaige Nebenumstände der Satz aufgestellt: wenn der Schuldschein durchstrichen ist, gilt der Schuldner als liberirt, und zwar wird die Art der Befreiung, ob die Schuld durch Zahlung, durch freiwillige Compensation, durch Erlaß oder auf andere Weise getilgt ist, gar nicht berührt, dem Gläubiger bleibt nur noch die Möglichkeit des Gegenbeweises; hier aber haben wir es nicht etwa mit einem so einfach gefaßten Satz zu thun, wie etwa: wer die Compensation wissentlich unterläßt, gilt als auf die Forderung verzichtend, wenn er nicht den Gegenbeweis führen kann, daß das die Absicht nicht gewesen sei [7]), sondern es ist hier das Zusammentreffen einer ganzen Reihe von Umständen, welches dem Kaiser diese Entscheidung zu treffen bewogen hat: daß das Fideicommiß nie bei Lebzeiten des Schuldners eingeklagt worden ist, daß es ein sehr ansehnliches war, daß es bei den Abrechnungen nicht erwähnt und nicht zur Compensation benutzt worden ist und daß sie das nicht einmal, sondern wiederholt unterlassen hat, ja daß sogar noch Zahlungen von ihrer Seite erfolgt sind und daß sie in einem nahen verwandtschaftlichen Verhältniß zum Erblasser gestanden hat. Welcher dieser Umstände könnte fehlen und doch der Erlaß der Schuld angenommen werden? Sind diese Handlungen wirklich so concludent, daß sie vernünftigerweise nicht anders gedacht werden können, als unter der Voraussetzung des Vorhandenseins jenes Willens, auf dem ja doch allein die Befreiung des Schuldners beruhen kann? Daß dies in der That auch nicht die Meinung des Kaisers ist, zeigt der Ausdruck: quasi tacite remissum, es ist nicht eine der ausdrücklichen gleichstehende stillschweigende Willenserklärung, sondern es ist nur gewissermaßen so, es ist wahrscheinlich so. Ist es aber nicht ebenso wahrscheinlich, daß die Schwester blos dem Bruder gegenüber diese Rücksicht, die Schuld nicht geltend zu machen, genommen hat, daß sie aber gegen die

[7]) Vielmehr kann man trotz des längeren Unterlassens der Geltendmachung einer Forderung immer noch die Klage daraus anstellen. Cfr. z. E. l. 18. §. 1. de alim. leg. 34, 1.

ihr weniger nahe stehenden Erben diese Rücksicht zu nehmen nicht geneigt ist, indem sie wohl nicht ita resupina est, ut facile pecunias suas iactet? Warum soll jene Wahrscheinlichkeit als Beweis gelten, bis der Gegenbeweis erbracht wird, für den Gegenbeweis aber diese Wahrscheinlichkeit nicht genügen? Wenn nun Procula gestorben wäre und ihre Erben die Beklagten wären, welche die exceptio compensationis vorschützten, wie sollten sie den Gegenbeweis führen, daß ihre Erblasserin diesen Willen nicht gehabt habe? — Die l. 26. cit. enthält also nicht, wie l. 24. eod., einen allgemeinen Satz, sondern nur die Entscheidung eines concreten Falles, die dem Richter wohl einen Anhalt geben mag, wenn ihm ein ähnlicher vorliegt, aus der wir aber nicht, wie die Basiliken [8]) thun, eine allgemeine Regel abstrahiren dürfen des Inhalts: „wenn ich durch ein Vermächtniß Dein Gläubiger geworden bin und aus verschiedenen Rechtsgründen Dein Schuldner werde und Dir Zahlung leiste, ohne zu compensiren, so wird angenommen, daß ich Dir jene Schuld erlassen habe." Der Richter kann wohl daraus den Schluß ziehen, daß die Schuld erlassen sei, aber er wird die Folgerung nicht blos darum und dann unterlassen, weil und wenn der Gegenbeweis mit gesetzlichen Beweismitteln geführt wird, sondern er kann nach Prüfung der ihm vorgelegten Umstände aussprechen, daß sie ihm nicht zum vollen Beweise des Erlasses genügen. Die Absicht zu generalisiren, eine allgemeingiltige Regel aufzustellen, hat nach der ganzen Fassung den Compilatoren entschieden fern gelegen.

Der Codextitel de probationibus 4. 19. liefert uns nur ein negatives Resultat, indem wir aus ihm nur entnehmen können, was Präsumtion nicht ist.

Einmal giebt er uns ein Zeugniß dafür, daß das Ergebniß der Beweisführung, der unvollständige Beweis, von den Römern nicht mit dem Ausdruck praesumtio bezeichnet wird, denn wäre es der Fall, so müßte, da in l. 5—7 Fälle des unvollständigen Beweises besprochen werden, der Titel auch de praesumtionibus überschrieben sein. Sodann finden wir in ihm wohl eine Reihe

[8]) Basil. (edid. Heimbach) Tom. II. Lib. XXII. Tit. I. l. XXVI.

von Stellen, wonach der Beweis einer Thatsache nicht hinreichend ist zum Beweis einer andern, Fälle, wo Jemand den Beweis durch Schlußfolgerungen hat führen wollen und nun rescribirt wird, daß eine Schlüssigkeit nicht vorliege [9]), aber wir begegnen keinem Fall, wo wie in l. 24. D. h. t. statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere mit der gleichen Wirkung bewiesen werden darf. Nur eine Stelle könnte man auf den ersten Blick der l. 24. D. zur Seite zu stellen geneigt sein, die l. 20. C. h. t.:

Si de possessione servitutis, emtionis instrumentis subtractis, in libertatem proclamat Eutychia, cum petitori probationis onus incumbat, intentione sua defecta his iuvàri minime potest. Nam si in servitutem petatur, ad emtionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.

Statt des Beweises des Kaufs Beweis des Diebstahls der Kaufurkunden scheint diese Stelle auszusprechen. Doch ist ihr Sinn ein anderer. Wenn ein Sclave, der als solcher gehalten wird, seine Freiheit behauptet, so muß er beweisen; der Umstand, daß er seinem Herrn die Kaufurkunde gestohlen hat, hilft ihm nichts, für jenen ist es gleichgiltig, ob der Sclave dieses Beweismittel in den Händen hat oder nicht; denn actore non probante reus absolvitur, der Beklagte siegt schon dadurch, daß der Kläger den Beweis seiner Freiheit nicht erbringen kann, und durch den Besitz der Kaufurkunde kann der Sclave diesen Beweis nicht führen, sowenig wie ihm überhaupt dieser Besitz etwas nützt. Denn sollte er sich in possessione libertatis befinden, so daß sein Herr klagen und den Beweis des Eigenthums führen müßte, so braucht sich doch in diesem Fall der Herr nicht auf einen solchen Beweis einzulassen, sondern er entzieht dem Sclaven das commodum possessionis dadurch, daß er durch den Beweis des Diebstahls der Urkunde den Besitz als widerrechtlich erlangt nachweist, indem der dolo malo erlangte Besitz dem Besitzer nichts nützt (cfr. l. 15. C. h. t., l. 20. D. eod.). Also der Beweis der Ent-

[9]) Cfr. l. 10. 13. 17. 21. 22. C. h. t.; cfr. auch l. 30. D. eod.

wendung hat allerdings die gleiche Wirkung wie der Beweis des Eigenthums, aber nicht deßhalb, weil aus jener dieses gefolgert wird, sondern weil durch den Beweis des Diebstahls der dolus des Besitzers bewiesen wird und wegen dieses dolus nicht der den Sclaven in servitutem Vindicirende sein Eigenthum, sondern der dolo malo in possessione libertatis Befindliche seine Freiheit zu beweisen hat.

Es könnte dieser Umstand — daß in dem ganzen Codextitel kein Fall vorkommt, wo, wie in l. 24. D. h. t. statt der das eigentliche Beweisthema bildenden Thatsache der Beweis einer andern, aus der ein Schluß auf jene gezogen wird, für genügend erklärt ist — zusammengehalten damit, daß dieser Titel nur de probationibus überschrieben ist, als Argument dafür benutzt werden, daß lediglich Fälle, wie der in l. 24. D. h. t. enthaltene, von den Römern praesumtiones genannt worden seien. Doch würde dies an sich zu viel beweisen, denn es kommen auch keine Stellen, wie die l. 25. pr. D. h. t. vor; die auf die Beweislast bezüglichen Entscheidungen werden ohne alle Bezugnahme auf Wahrscheinlichkeit lediglich nach allgemeinen Regeln gegeben. Da aber derartige Fälle nach Obigem, wenn auch wohl Präsumtionen genannt, doch nicht mit diesem Ausdruck in seiner technischen Bedeutung, in welcher er im Rubrum des Digestentitels den probationes gegenübergestellt ist, bezeichnet werden, so fällt der Umstand, daß der Codextitel nicht de praesumtionibus überschrieben ist, immer ins Gewicht.

Das Resultat, welches wir aus der Erörterung der beiden vom Beweis handelnden Titel der Pandecten und des Codex ziehen, ist also das: Präsumtion heißt zwar auch die blose Wahrscheinlichkeit, aber ein Einfluß auf die Bestimmung der Beweislast, insofern es sich darum handelt, wer zu beweisen verpflichtet ist, kommt dieser allgemein menschlichen Vermuthung nicht zu; es hätten noch eine Reihe von Entscheidungen in dem Pandectentitel auf Wahrscheinlichkeit gestützt werden können, so gut wie die der l. 25. pr., so z. B. in l. 17. l. 21. l. 22., wie dies ja auch in der

That von den älteren Schriftstellern geschehen ist[10]. Die praesumtio als technischer Begriff gegenüber der probatio ändert das Beweisthema, sie ist, wenn man so will, Surrogat des Beweises, der Beweis einer andern, als der eigentlich zu beweisenden Thatsache vertritt die Stelle des Beweises der letztern.

### II. Sonstige Stellen im corpus iuris.

### §. 14.

### Das Wort praesumtio selbst.

Wir sind aber, wenn wir das Wesen der Präsumtionen ergründen wollen, nicht beschränkt auf den Pandectentitel, der ex professo von ihnen zu handeln verspricht. Wie wir über den Beweis auch anderswo zerstreute Bemerkungen finden, so begegnen wir an andern Orten zwar nicht allgemeinen ausführlichen Grundsätzen, aber doch Beispielen von Präsumtionen. Betrachten wir zunächst die Stellen, in denen das Wort praesumtio, praesumere u. a. selbst vorkommt.

Um mit denjenigen den Anfang zu machen, die wir für unsere Untersuchung nicht gebrauchen können, so kommt im Codex, ganz besonders aber in den Novellen, das Wort in einer Bedeutung vor, die mit dem Beweis gar nichts zu thun hat, in der Bedeutung: sich anmaßen, sich erkühnen, sich unterstehen, oder wie wir es am wortgetreusten wiedergeben können, sich herausnehmen. Namentlich braucht es Justinian oder wenigstens der Uebersetzer der Novellen von denjenigen, die sich herausnehmen, einer aufgestellten gesetzlichen Bestimmung zuwiderzuhandeln, indem ihm Jeder als Frevler erscheint, der einem solchen Ausfluß der kaiserlichen Auctorität die schuldige Achtung zu verweigern wagt. Fast in jeder Novelle findet sich dieser Ausdruck der Entrüstung beim blosen Gedanken an die Möglichkeit eines solchen Verstoßes. Den gleichen Sinn hat das Wort in vielen Stellen des corpus iuris canonici, auch in einigen Authenticae Fridericianae ist es so gebraucht[1]. Wenn nun auch streng genommen diese Bedeutung

[10]) Ich brauche blos an die aus l. 22. h. t. entnommene eine so große Rolle spielende Regel zu erinnern: mutatio non praesumitur.

[1]) Cfr. z. E. l. 1. C. de statuis 1. 24. l. 7. fi. C. de natur. lib. 5. 27. l. 6. C. de cursu publ. 12. 51. l. 2. C. de appar. 12.

des Wortes nicht hierher gehört, so ist doch eine gewisse Beziehung derselben zu der andern, die gewöhnlich damit verbunden wird, nicht zu verkennen. Etwas sich herausnehmen gegen das Gesetz und ohne das Recht dazu, und etwas von vorn- herein annehmen auf Grund der Wahrscheinlichkeit, ohne daß die Voraussetzungen, die sonst als für das Fürwahrannehmen einer Thatsache nothwendig aufgestellt werden, vorhanden sind, das hat eine gewisse Verwandtschaft mit einander; das praesumere in diesem Sinn ist ein praesumere in jenem.

Abgesehen aber auch von diesem uns doch ferner liegenden Sinn finden wir in den Stellen, in denen das Wort sonst noch vorkommt, keineswegs immer die gleiche Bedeutung. Wir können nicht überall da, wo von praesumtio und praesumere die Rede ist, die Grundsätze anwenden, die wir hinsichtlich der in l. 24. h. t. enthaltenen Präsumtion aufgestellt haben. Das war gerade der Fehler der ältern Doctrin, die überall da, wo sich dieses Wort fand, eine Präsumtion im technischen Sinn, womöglich eine praesumtio iuris sah und nun die für die Präsumtionen im technischen Sinn geltenden Regeln ohne Unterschied auf alle diese Fälle

---

l. 5. C. de div. offic. 12. 60. Auth. Frid. l. 33. C. de episc. 1. 3. Auth. Frid. l. 8. C. quae res pign. 8. 17. — Cap. 10. X. de poenit. 5. 38. cap. 8. X. de vita et hon. cler. 3. 1. cap. 3. X. de causa poss. 2. 12. cap. 5. X. qui fil. sint leg. 4. 17. cap. 47. X. de sent. excomm. 5. 39. — Was die Novellen betrifft, so will ich bemerken, daß ich dieselben nach der Sammlung der 134 Novellen citire, indem hier das Wort praesumere für diesen Begriff am häufigsten gebraucht ist; in der Sammlung der 168 Novellen ist das griechische τολμᾶν gewöhnlich mit audere übersetzt. Die Glossatoren (cfr. z. E. Auth. Si quis episc. l. 14. C. 1. 3. Auth. causa, quae fit. l. 33. C. eod. Auth. Idem est l. 6. C. 6. 61. Auth. Sed omnino. l. 4. C. 4. 12.) behalten natürlich den Ausdruck praesumere bei. — Nov. 6. c. 6. Nov. 7. c. 8. 11. Nov. 8. c. 4. 7. 10. Nov. 14. praef. §. 1. Nov. 15. praef. Nov. 16. epil. Nov. 17. c. 3. 7. 15. Nov. 19. praef. Nov. 22. c. 15. fi. c. 40. Nov. 30. c. 8. Nov. 32. c. 2. Nov. 34. c. 2. §. 2. Nov. 40. epil. Nov. 46. praef. Nov. 51. c. 1. Nov. 55. epil. Nov. 61. c. 1. pr. c. 2. §. 1. u. s. w. Es ließen sich diese Citate gewiß noch um die doppelte Zahl vermehren. — Cfr. auch Edict. Roth. 354.: si quis campum alienum araverit, sciens non suum, aut sementa spargere, praesumpserit, perdet opera et fruges. —

anwandte. Um diesen Fehler zu vermeiden, wird es am besten sein, den Inhalt der verschiedenen einschlagenden Quellenstellen einer nähern Erörterung zu unterziehen.

Die mir bekannten Stellen, in welchen das Wort gebraucht ist, sind außer den bereits genannten folgende:

§. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29.
l. 14. §. 8. de relig. 11. 7.
l. 7. de in litem iur. 12. 3.
l. 3. de cond. indeb. 12. 6.
l. 31. §. 21. de aed. ed. 21. 1.
l. 37. eod.
l. 57. de iur. dot. 23. 3.
l. 30. §. 4. de acquir. hered. 29. 2.
l. 67. §. ult. de leg. II.
l. 33. §. 2. de leg. III.
l. 73. §. 3. eod.
l. 18. §. 3. de instr. vel instr. leg. 33. 7.
l. 28. §. 3. de lib. leg. 34. 3.
l. 11. §. 1. de reb. dub. 34. 5.
l. 2. ad S. C. Trebell. 36. 1.
l. 3. §. 13. de Carbon. ed. 37. 10.
l. 24. §. 8. de fideic. lib. 40. 5.
l. 40. §, 7. de statulib. 40. 7.
l. 44. §. 4. de usurp. et. usuc. 41. 3.
l. 3. §. 3. ne vis fiat ei, qui in poss. 43. 4.
l. 18. §. 1. de lege Corn. de fals. 48. 10.
l. ult. C. si minor se mai. dix. 2. 43.
l. 11. C. de cond. indeb. 4. 5.
l. ult. C. ad S. C. Mac. 4. 28.
l. un. §. 13. C. de rei uxor. act. 5. 13.
l. 5. C. de necess. serv. 6. 27.
l. 12. C. de oper. publ. 8. 12.
Nov. 18. cap. 6.
Nov. 22. cap. 20. §. 2. cap. 35.
Nov. 39. cap. 1. pr.
Nov. 136. cap. 2. cap. 5. §. 1. (nicht glossirt).

Gehen wir von der ersten Stelle, dem §. 3. J. cit. aus. Derselbe lautet, so weit er uns hier angeht, so:

Sed cum hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt.

Die Constitution, welche die praesumtiones veterum verwirft, ist die l. ult. C. de nov. 8. 42., durch welche der §. 3. J. cit. seine Ergänzung und Erklärung erhält. Um den veteris iuris ambiguitates ein Ende zu machen, verordnet Justinian, daß eine Novation nicht mehr herbeigeführt werden solle durch alle die Umstände, ex quibus veteris iuris conditores introducebant novationes, nämlich dadurch, daß eine andere Person zugezogen oder eine Veränderung vorgenommen, ein Pfand angenommen, die Summe vermehrt oder vermindert, eine Bedingung oder Zeitbestimmung davon genommen oder hinzugefügt oder eine geringere Caution angenommen worden u. s. w., sondern daß die alte Obligation neben der neuen bestehen bleiben solle, wenn die Contrahenten nicht besonders die Obligation erlassen und ausdrücklich gesagt haben, daß sie die zweite an die Stelle jener treten lassen wollten. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione — causa procedat. Hoc enim naturaliter inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire.

Dieses Referat der Institutionen zusammengehalten mit der Quelle, aus der es geschöpft ist, ist wichtig für den Begriff der Präsumtionen. Die alten Juristen haben einige Präsumtionen eingeführt da, wo es zweifelhaft war, ob eine Obligation mit dem erforderlichen animus novandi abgeschlossen war, alii in aliis casibus, der eine vielleicht, weil eine andere Person zugezogen, der andere, weil die ursprüngliche Summe vermehrt oder vermindert,

dieser weil ein Pfand gegeben oder eine geringere Caution angenommen, jener weil eine Veränderung irgend einer Art vorgenommen worden. Es waren diese quaedam praesumtiones eingeführt als feststehende Regeln, als Rechtsgrundsätze, es wurde nicht im einzelnen Fall, der dem Richter zur Entscheidung vorlag, nach den concreten Umständen entschieden, ob sich aus ihnen ein animus novandi entnehmen lasse, sondern für gewisse von vornherein bestimmte Fälle die praesumtio eingeführt, wie von den Juristen gesagt wird, daß sie ius introducebant; die Präsumtion war nichts anderes als die Regel, daß, wenn Jemand z. B. ein Pfand annimmt, darin der animus novandi zu erblicken sei und darin eine Novation liege. So heißt es auch in der Codexstelle statt praesumtiones introducebant novationes introducebant. Die Bedeutung dieser Präsumtionen war also, einen Zweifel, und zwar einen Zweifel in Bezug auf den Willen, zu entscheiden. Die Handlung eines zweiten Vertragsabschlusses, z. E. das Versprechen von 100 pure, während ein bedingtes Versprechen von 100 vorausgegangen war, lag vor, es war aber zweifelhaft, welche Bedeutung diesem zweiten Vertrag zukam, ob er selbstständig neben dem ersten bestehn oder ob er an dessen Stelle treten sollte. Für gewisse Fälle wurde nun dieser Zweifel durch Präsumtionen gehoben, es wurde von vornherein bestimmt, daß, wenn von den Parteien nichts anderes ausgemacht war, in dem Fall, wo z. E. dieselbe Summe erst bedingt, dann unbedingt versprochen worden, eine Novation anzunehmen sei. Daß die Präsumtionen wirkliche Rechtssätze waren, die den Ausschlag bei einem zweifelhaften Willen gaben, und daß sie Justinian entschieden so auffaßt, geht aus den so viel gedeuteten und so viel mißverstandenen, bei unserer Auffassung aber alle Schwierigkeit verlierenden Schlußworten der l. ult. C. cit., voluntate solum esse, non lege novandum etc. hervor. Der ausgesprochene Zweck der Constitution ist, die von den alten Juristen in Bezug auf den animus novandi eingeführten Präsumtionen [2]) aufzuheben, es muß sich aus den Worten

[2]) Die veteres Icti selbst stellten wohl anfänglich diese Präsumtionen nicht als Rechtssätze auf, sondern folgerten nur aus einer Handlung den animus novandi als wahrscheinlich und erst allmählig wurde das zu einer

der Parteien bei Abschluß des neuen Vertrags ergeben, daß der Zweck derselben gerade Aufhebung der alten und Constituirung einer neuen Obligation ist, sonst erzeugt der zweite Vertrag die ihm an sich zukommende Wirkung, eine neue selbstständige Obligation zu begründen, die mit der Aufhebung der alten nicht im Zusammenhang steht; nur durch den Willen der Contrahenten kann er die Beziehung auf die erste Obligation erhalten und dieser Wille soll nicht mehr präsumirt werden. Das drückt Justinian aus durch die Worte: voluntate solum non l e g e novandum; die gesetzliche Annahme des Willens zu noviren, die ja häufig eine falsche sein kann, soll wegfallen, lediglich der wahre Wille, der klar ersichtlich ist, soll diese Wirkung haben. Die übrigen Worte der Stelle erhalten dadurch von selbst ihre Erklärung: wenn die Absicht zu noviren nicht ausgesprochen wird, so bleibt die alte Obligation bestehn, es ist nicht nöthig, daß das Bestehenbleiben als beabsichtigt nachgewiesen wird (etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo *ἄνευ καινότητος* Graeci dicunt, causa procedat), wie das allerdings früher in jenen Präsumtionsfällen nothwendig gewesen ist, es versteht sich das jetzt ohne Weiteres von selbst (hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus venire), während das früher in jenen Fällen gerade umgekehrt war.

Wir sehen also aus den beiden Stellen, daß praesumtio als technischer Begriff, in der Bedeutung von Rechtsregel, gebraucht ist. Es fragt sich, ob diese Fälle, — deren characteristische Eigenthümlichkeit darin besteht, daß wenn der Wille zweier Vertragsschließenden zweifelhaft ist und man die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten hat, das Recht sich für die eine Möglichkeit entscheidet — erst von Justinian bezüglich den Verfassern der In-

---

Wahrscheinlichkeitsregel. Aber schon, als l. un. C. Theod. de respons. prud. 1. 4. den Aussprüchen gewisser Juristen gesetzliche Kraft beilegte, wurden diese aus einem concreten Fall gezogenen Schlußfolgerungen zu gesetzlichen Präsumtionen, und das Gleiche gilt natürlich hinsichtlich der in den Digesten aufgenommenen Stellen; das lege novare heißt nichts anderes als die in Bezug auf die Novation geltenden gesetzlichen Präsumtionen.

stitutionen als Präsumtionen bezeichnet worden sind, oder ob dieser Ausdruck schon früher darauf angewandt worden ist. Daß das Letztere der Fall ist, können wir aus einer Reihe von Pandectenstellen entnehmen, die in ganz gleichen oder wenigstens ähnlichen Fällen von Präsumtion sprechen. In Verbindung mit diesen sollen zugleich die übrigen der oben citirten Stellen erörtert werden, auch wenn in ihnen der Begriff der Präsumtion ein anderer ist. Am Schluß der Erörterung werden wir dann das Resultat zu prüfen haben, welches aus diesen verschiedenen Stellen sich ergiebt.

In l. 57. de iure dot. 23. 3. wird die Frage aufgeworfen: wenn eine Frau ihrem Schwiegervater, in dessen väterlicher Gewalt ihr Mann sich befindet, als Dos dasjenige verspricht, was sein Haussohn ihr schulde, ist in diesem Versprechen die ganze Verbindlichkeit des Sohnes oder nur die Forderung gegen den Vater und das in den Nutzen desselben Verwandte enthalten? Zunächst kommt es natürlich auf die Fassung an; hat sie gesagt, „was der Sohn geben muß", dann ist die ganze Verbindlichkeit des Sohnes Gegenstand der Dos; hat sie gesagt: „was der Vater auf die actio de peculio oder de in rem verso leisten muß", dann nur die Summe, auf welche der Vater zu jener Zeit würde verurtheilt werden müssen. Und dann fährt der Jurist fort:

> quod si non evidenter appareat, de cuius mulier obligatione senserit, p r a e s u m t i o n e m  a d  f i l i i  d e b i t u m  s p e c t a r e verisimile est, nisi evidentissime contrarium approbetur [3]).

[3]) Dieser Stelle steht scheinbar die l. 44. §. 1. eod. entgegen, wonach, wenn die Frau dem Vater versprochen hat: „quod mihi debes vel quod filius tuus mihi debet, doti tibi erit", nur dasjenige, was sie mit der actio de peculio vom Vater erlangen kann, den Gegenstand der Dos bildet. Der Grund, warum hier anders entschieden ist, liegt aber in der alternativen Fassung, hier findet die Bemerkung Anwendung, welche die Glosse zu l. 57. cit. macht: eigentlich stehe die Regel, in obscuris quod minimum est sequimur, entgegen. — Entschieden unrichtig ist die Lesart in der Beck'schen und in den glossirten Ausgaben des corpus iuris, wonach das vel nicht einen Theil der Erklärung der Frau bildet (wie es z. E. in der Gebauer-Spangenberg'schen Ausgabe der Fall ist), sondern die beiden Wendungen: quod mihi debes und quod mihi filius tuus debet, alter-

Im Zweifel, welche von den beiden Summen die Frau als Dos hat bestellen wollen, soll die größere als beabsichtigt angenommen werden, wenn nicht der Gegenbeweis einer andern Absicht geführt werden kann. Wenn, wie der Anfang der Stelle lautet, die Fassung die war „was Dein Sohn mir schuldet", so ist die Entscheidung auch ganz richtig, denn in den Worten liegt, daß die ganze Schuld zur Dos gegeben ist, eine beschränktere Absicht, als die Worte zu erkennen geben, müßte besonders nachgewiesen werden. Die Worte geben an sich zu einem Zweifel gar keine Veranlassung; weil aber doch die Möglichkeit besteht, daß die Frau das Minus beabsichtigt hat, wird hervorgehoben, das müsse evidenter apparere, das Gegentheil sei wahrscheinlich, die Vermuthung spreche dafür, daß die Frau die ganze Schuld gemeint habe.

Ganz ähnlich verhält es sich, was die letztere Bemerkung betrifft, mit der l. 73. §. 3. de leg. III. Wenn Jemand seine Sclaven legirt, so werden nach §. 1. nur diejenigen darunter verstanden, welche in seinem vollen Eigenthume stehen. Nun pflegt er einige von seinen Sclaven als Bäcker, Schauspieler u. s. w. zu vermiethen, es fragt sich, ob auch diese im Legat mit inbegriffen sind. Quod et praesumi oportet, nisi contraria voluntas testatoris appareat. Die Absicht der Beschränkung gegenüber den allgemein lautenden Worten muß besonders bewiesen werden; wir würden dieselbe Entscheidung treffen, auch ohne diese Stelle. Der Jurist hat nur, weil er einmal die Frage als eine zweifelhafte angeregt hat, ausgesprochen, daß dies als die wahrscheinliche Absicht des Erblassers angenommen werden müsse, er hätte ebenso gut es als einfachen Rechtssatz aussprechen können, wie in l. 74. eod. gesagt ist: si quis suos servos legavit, communes quoque continentur et in quibus ususfructus alienus sit.

Was die übrigen Stellen anbelangt, so enthalten auch sie zum großen Theil Entscheidungen darüber, was als wahrscheinlicher Wille des Urhebers einer Disposition anzunehmen sei, während in andern nicht etwas als gewollt, sondern etwas als geschehen präsumirt wird. Dabei tritt die Präsumtion bald als

---

nativ in der Weise sich gegenüber gestellt werden, als hätte der Gebrauch der einen die gleiche Wirkung wie die der andern.

Rechtssatz auf, so daß der Inhalt des Rechtsatzes die Annahme eines bestimmten Umstandes, oder so, daß die Annahme eines Umstands die Veranlassung für Aufstellung eines Rechtssatzes mit anderm Inhalt ist, bald fehlt ihr diese Bedeutung als Rechtssatz gänzlich, wie wir dies später eingehend zu erörtern haben werden.

L. 28. §. 3. de lib. leg.: Jemand hat in Betreff seines Vaters, der ehemals die Vormundschaft über ihn geführt hat, testirt: patrem meum liberatum esse volo ab actione tutelae. Die Frage ist, wie weit diese Worte zu verstehen sind, ob der Vater den Erben diejenigen Gelder herausgeben muß, die er aus dem Verkauf von Sachen oder aus beigetriebenen Forderungen in seinen Nutzen verwandt oder die er auf eigenen Namen verzinslich ausgeliehen hat. Respondit, eum cuius notio est, aestimaturum; praesumtio enim propter naturalem affectum facit, omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus eius approbetur. Es ist zweifelhaft, was der Erblasser mit diesen Worten beabsichtigt hat; hätte er nur verboten, Rechnungsablage vom Vormund zu fordern, so würde darin nur liegen, daß derselbe nicht für jede culpa verantwortlich gemacht werden solle, die Haftung hingegen für dolus und die Haftung für Herausgabe desjenigen, was er vom Vermögen des Mündels in den Händen hat, ist ihm durch ein solches Legat an sich noch nicht erlassen, wie dies in dem folgenden §. 4. eod. und in l. 41. de admin. tut. 26. 7. ausdrücklich ausgesprochen ist[4]). Es ist freilich möglich, daß der Erblasser dies beabsichtigt hat, er kann dem Vormund natürlich Alles erlassen, was mit der actio tutelae geltend gemacht werden kann; in diesem Fall, wo die liberatio ab actione tutelae legirt ist, kann es zwar noch immer zweifelhaft sein, ob dies oder jenes gemeint ist, und der Richter wird dies nach den concreten Umständen beurtheilen müssen, hier aber, wo der Vater der Legatar ist, wird er sich, da auch die Worte dafür sprechen, für Erlaß der ganzen Obligation entscheiden, wenn nicht die Erben den Beweis eines andern Willens führen, denn die praesumtio propter naturalem affectum läßt dies als die Absicht des Testators erscheinen.

[4]) Cfr. auch l. 119. de leg. I. mit den Parallelstellen der Glosse.

L. 24. §. 8. coll. §. 7. de fideic. libert. Nicht nur in der Bitte des Erblassers, ne postea Stichus serviret, sondern auch in der: ne eum alienes, soll eine fideicommissarische Freilassung enthalten sein, wenn nur der Erblasser dabei gerade die Absicht hatte, ihm die Freiheit zu geben und diese Bestimmung nicht einen blosen Rath für den Erben enthalten sollte oder ihr irgend etwas anderes zu Grund lag. Diese auf die Freilassung gerichtete Absicht braucht aber der Sclave nicht zu beweisen, sed cum ex praesumtione libertas praestita esse videtur, heredis est, contrariam voluntatem testatoris probare. Es ist angenommen und gilt als Regel (placuit; es hätte ebenso gut hinzugefügt werden können: eoque iure utimur cfr. l. 6. §. 1. de a. pl. a. 39. 3.), daß in einer derartigen Disposition die Freilaßung enthalten ist, die Voraussetzung ist allerdings noch, daß die Absicht dahin ging, aber diese Absicht kommt nur als Gegenstand des Gegenbeweises in Frage, der Sclave braucht nicht den animus libertatis tribuendae zu beweisen, um frei zu werden, sondern die Erben die contraria voluntas, um das Freiwerden zu verhindern, weil ja ex praesumtione libertas praestita esse videtur. Es ist also geradezu ein Rechtssatz, wonach etwas als Wille des eine Disposition Treffenden angenommen wird, wenn nicht der Beweis eines andern Willens erbracht wird [5]).

Aehnlich ist die

l. 5. C. de servis necess. Cum igitur invenimus nostro iure hoc esse inductum, ut si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse.

Aus dem Umstand, daß der Sclave zum Vormund der Kinder des Erblassers im Testament bestellt ist, wird gefolgert, daß ihm auch die Freiheit gegeben sei und diese Folgerung wird ausgesprochen als ein feststehender Rechtssatz (nostro iure inductum,

[5]) Die nähere Bestimmung erhält diese Stelle durch l. 9. 10. pr. 21. eod., wonach der Sclave, dessen Veräußerung dem Erben untersagt wird, gewissermaßen statuliber ist, indem er nämlich frei wird, sobald der Erbe ihn veräußert.

oder, wie es in l. 9. C. de fideic. lib. 7. 4. heißt, receptum est). Nach l. 24. §. 9. D. de fideic. lib. (cfr. auch §. 1. J. qui test. tut. dari poss. 1. 14.) ist es anders, wenn Jemand einen Sclaven als Vormund bestellt im falschen Glauben, daß er frei sei. Es zeigt dies, ebenso wie die in l. 9. C. cit. hervorgehobene Beschränkung, »nisi aliud evidenter defunctum sensisse appareat«, daß diese Bestimmung ihren Grund in dem vermuthlichen, als wahrscheinlich angenommenen Willen des Testators hat.

L. 40. §. 7. de statulib. 40. 7. Jemand hat in seinem Testament angeordnet, daß die Sclaven, welche er legirt habe und freilassen würde, innerhalb 4 Monaten von seinem Tod an Rechnung ablegen sollten; er hat vor dieser Bestimmung Sclaven legirt und nach derselben Sclaven die Freiheit ertheilt, beides mit dem Zusatz: wenn sie Rechnung abgelegt haben. Es wird entschieden daß Vermächtnisse und Freilassungen nur dann zustehn, wenn Rechnung abgelegt oder die Rechnungsablage vom Erben gehindert ist; der Richter habe aber zu ermessen,

> utrum tempus conditioni legatorum libertatumque additum videatur, an libero tempore reddere volentibus reliqua heredibus quatuor menses appositi sint, sollicito testatore cunctationem et moram eorum proscribente. Melius autem est, praesumtionem pro statuliberis esse.

Die Frage ist, ob der Erblasser durch die Anordnung „die Sclaven sollen binnen 4 Monaten Rechnung ablegen“ die Freilassung von der Rechnungsablegung innerhalb dieser Zeit hat abhängig machen wollen, so daß die Bedingung deficirt ist, wenn sie nicht innerhalb vier Monaten erfolgt, oder ob durch diesen Zusatz nur die allzulange Verzögerung der Rechnungsablage hat verhütet werden sollen. Das Letztere ist wahrscheinlicher, die Vermuthung streitet für die bedingt Freigelassenen. Die Absicht des Testators ist allerdings zweifelhaft und der Richter wird die wahre nach den Umständen des concreten Falles zu ermitteln haben, in diesem Fall ist es aber billiger zu sagen, daß die Wahrscheinlichkeit für die letztere Auffassung spreche.

L. 14. §. 8. de relig. 11. 7. Obgleich daraus, daß man einen Verstorbnen bestattet, neque pro herede gestio neque aditio praesumitur, so pflegen doch diejenigen, die Erben werden könnten, zu erklären, daß sie es pietatis gratia thäten. Wenn dies nun auch, um sich gegen die Auslegung dieser Handlung als eines Erbschaftsantritts zu schützen, überflüssig ist, so hat die Erklärung doch nur diese Wirkung, nicht etwa die, daß sie Ersatz verlangen können, dazu ist erforderlich, daß sie dies ausdrücklich erklären, in dem »pietatis gratia« liegt es nicht.

Wie hier verneint wird, daß aus einer Handlung auf eine andere Handlung bezüglich auf eine Absicht geschlossen werden könne und dieses Schließen mit praesumere bezeichnet wird, so geschieht dies auch in l. 11. C. de cond. indeb. 4. 5.

> — omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, — repetitionem non denegari, et praesumtionem transactionis non contra eos induci nisi hoc specialiter ex altera parte approbetur.

Wenn Jemand im Zweifel darüber ist, ob er wirklich schuldet oder nicht, aber doch zahlt, so soll das nicht der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld gleichstehn, sondern er soll, wenn es ein indebitum war, die Condiction anstellen können. Die Klage soll nicht etwa ausgeschlossen werden können durch die Behauptung, daß in einer solchen Zahlung ein Vergleich, ein Aufgeben eines Rechts liege; dieser Schluß — der wenn anerkannt, den Rechtssatz enthalten würde, daß das so Gezahlte nicht zurückgefordert werden könnte, weil man einen Vergleich annehmen müsse — wird als unbegründet verworfen, es muß vielmehr vom Empfänger ein besonderer Beweis, daß animo transigendi gezahlt sei, geführt werden, dieser Beweis wird nicht ersetzt durch den Beweis, daß die Zahlung titubante mente erfolgt war; denn wenn auch die Voraussetzung des Vergleichs die Zweifelhaftigkeit eines Anspruchs ist, so ist doch eine im Zweifel über einen Anspruch geleistete Zahlung nicht ohne Weitres ein Vergleich. —

Schwierigkeiten hinsichtlich der Erklärung bietet die l. 33. §. 2. de leg. III. Der Fall ist der: Seius hat für seine Frau an deren Gläubiger 100 bezahlt und den für die Schuld verpfän-

deten Schmuck eingelöst; dann legirt er seiner Frau quidquid ad eum (scil. creditorem) inve stipulatum eius (d. h. in eius stipulationem solvendam) concessit et hoc amplius vicenos aureos annuos. Können die Erben die bezahlten 100 von der Frau zurückfordern? Die Antwort lautet: si donationis causa creditori solvisset, teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant, atque etiam petentes exceptione summoveri. Quod praesumtum esse debet, nisi contrarium ab heredibus probetur. Der Grund, aus welchem die Erben die gezahlten 100 zurückfordern, kann ein doppelter sein, entweder weil der Mann die negotia seiner Frau animo obligandi gerirt oder weil er eine ungiltige donatio inter virum et uxorem vorgenommen habe. Aus dem vom Erblasser gebrauchten Wort »concessi« ist nicht zu entnehmen, ob er animo obligandi oder donandi gezahlt hat. Diesen Zweifel entscheidet der Jurist dahin, daß der animus donandi präsumirt werden müsse, wenn nicht von den Erben das Gegentheil bewiesen werde. Es ist aber zu bemerken, daß diese Präsumtion hier ganz zwecklos steht. Der Frau nützt sie nichts, den Erben schadet sie nichts, so wenig wie auf der andern Seite den Erben der Gegenbeweis, daß die Schuld nicht animo donandi gezahlt sei, etwas nützen würde. Die Alternative ist nämlich die: steht fest, daß animo donandi gezahlt war, so würden die Erben mit der Klage auf Rückgabe der ungiltigen Schenkung nicht durchdringen, weil die Schenkung giltig geworden ist durch die ausdrückliche Bestätigung [6]), die Erben haften eben aus dem Fideicommiß (teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant d. h. wenn sie die Schenkung zurückfordern); ist nicht animo donandi gezahlt, so haben die Erben an sich die actio negotiorum gestorum contraria; wenn sie aber mit dieser Klage auftreten, so steht ihnen eine exceptio doli entgegen, weil in dem Fideicommiß eine liberatio legata liegt, die Kläger also

[6]) Weil der Mann nur das legirt, was er schon geschenkt hat — wie ja am Schluß der Stelle angenommen wird — scheint das Legat überflüssig zu sein, indem nach der Oratio Severi die Schenkung schon durch lebenslängliche perseverantia giltig wird. Scaevola aber, von dem die l. 33. cit. herrührt, lebte vor Severus, zu seiner Zeit bedurfte es einer solchen ausdrücklichen Confirmation. Cfr. auch l. 109. pr. de leg. I.

gegen den Willen des Erblassers handeln. Es ist demnach ganz gleichgiltig, ob animus donandi präsumirt wird oder nicht, die Erben sind durch das Fideicommiß jedenfalls von der Rückfordrung ausgeschlossen, der Gegenbeweis, daß der Erblasser animo obligandi gezahlt habe, würde nur feststellen, daß in dem Vermächtniß eine liberatio legata enthalten sei. Die Schlußworte sind nur so zu verstehn: und das (die Zahlung donationis causa) muß auch präsumirt werden, wenn nicht der Gegenbeweis geführt wird. Einen Unterschied macht das aber materiell gar nicht. Trotzdem daß dieser Zusatz für die Entscheidung in der Sache selbst ein überflüssiger ist, ist der Gewinn für uns aus dieser Stelle doch immer der, daß in einem solchen Zweifelsfall der animus donandi präsumirt werden soll, und das kann wichtig werden, z. E. für den Fall, wenn der Mann das dem Gläubiger Gezahlte der Frau nicht legirt hat. Die Frau kann dann, wenn Schenkung angenommen wird, nicht zur Rückerstattung angehalten werden, indem ja nach neuerem Recht schon durch lebenslängliche perseverantia die ungiltige donatio inter virum et uxorem convalescirt.

L. 2. ad S. C. Trebell. 36. 1., soweit sie uns hier interessirt, bespricht den Fall: ein Erblasser, der 400 im Vermögen hat, hat 300 legirt und dem Erben die Herausgabe der Erbschaft an einen Dritten aufgelegt; der Erbe tritt gezwungen an; es wird gefragt, wie viel dem Legatar ausgezahlt werden muß. Quia praesumtum est, voluisse testatorem cum onere legatorum restitui, tota trecenta te dare Titio debere. Zusammengehalten mit l. 2. C. eod. 6. 49.:

> Ad eum, cui ex SCto. Trebelliano pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competente portione spectare, indubitati iuris est

zeigt uns diese Stelle, daß die in Bezug auf den Willen des Erblassers aufgestellte Präsumtion ein Rechtssatz ist, der seine Entstehung der Rücksichtnahme auf den erblasserischen Willen verdankt.

Noch deutlicher ist dieser Begriff eines Rechtssatzes enthalten in l. 7. C. in quibus caus. pign. 8. 15.

Sancimus, de invectis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma et territorio earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim iusta praesumtione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.

An den Invecten und Illaten steht dem Vermiether eine gesetzliche Hypothek zu, gleich als wären dieselben durch Vertrag verpfändet. Diese gesetzlichen Hypotheken mögen darin ihren Grund haben, daß in den betreffenden Fällen gewöhnlich ein Pfandrecht bestellt wurde und daß man später diesen Verpfändungswillen, auch wenn er nicht ausgesprochen war, annahm; es besteht aber jetzt einfach der Rechtssatz, daß mit gewissen Forderungen ein Pfandrecht an gewissen Gegenständen verbunden ist, und dieser Rechtssatz wird hier iusta praesumtio genannt. Von dem Beweis eines andern Willens des Schuldners ist hier keine Rede, es müßte denn ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht sein und der Gläubiger geradezu auf das auch ohne seinen und seines Schuldners Willen ihm zustehende Recht verzichtet haben.

L. un. §. 13. C. de rei uxor. act. 5. 13.:

— Si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit vel pactum fecerit, tunc praesumatur, mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. — In huiusmodi dotibus, quae ab extraneis dantur vel promittuntur, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit — cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius servasse extraneus non stipulando videatur. — Parenti — tacitam ex stipulatu actionem damus.

Wenn ein Extraneus sich nicht die Rückgabe der Dos stipulirt, dann ist es an sich zweifelhaft, was er gewollt hat, ob dieselbe nur für die Dauer der Ehe bestimmt oder ob sie der Frau ganz zu Eigenthum hingegeben ist, so daß sie nach Auflösung der Ehe bei ihr verbleibt und nur während der Ehe dem Mann die

gewöhnlichen Rechte daran zustehen. Wenn aber der Extraneus so rückhaltlos die Dos hingegeben hat, ohne sich die Rückgabe auszubedingen, so war wohl seine Absicht mehr, zu schenken als sich ein Recht daran vorzubehalten. Daher wird in einem solchen Fall der Frau ein definitives Recht zugesprochen und, wie dem Vater in Bezug auf die dos profecticia, so ihr in Bezug auf die adventicia eine actio ex stipulatu gegeben. Es wird hier die Vornahme einer Stipulation angenommen, obgleich in der That keine solche vorliegt; es wird der Frau, ohne Rücksicht darauf, ob sie wirklich stipulirt hat oder nicht, das Recht, die Dos zu fordern eingeräumt, weil die Annahme einer Schenkung Seitens des Extraneus die Wahrscheinlichkeit für sich hat; aber diese Annahme kann nicht aufgehoben werden durch einen jeden irgendwie erbrachten Beweis einer andern Absicht des Extraneus, sondern er muß, wenn er nicht das Recht der Rückforderung ganz verlieren will, ausdrücklich die Stipulation auf seine Person abschließen. Der Gesetzgeber hätte einfach sagen können: ich gebe der Frau die actio ex stipulatu in einem solchen Fall, wie er dann einfach bestimmt: parenti tacitam ex stipulatu actionem damus; denn die Stelle enthält in der That nur den dispositiven Rechtssatz, daß die Frau jede dos adventicia behält, wenn nicht der Geber sich ausdrücklich die Rückgabe ausbedingt; es wird aber, um der Frau die neu eingeführte actio ex stipulatu zu geben, der Umweg gewählt: praesumitur stipulatio, es wird etwas als geschehen angenommen, einerlei ob es wirklich geschehen ist oder nicht, ja mit dem Bewußtsein, daß es nicht geschehen ist, wie wir das in der vorigen Stelle auch bei den tacitae hypothecae gesehen haben und wie dies im §. 1. eod. in anderer Fassung mit den Worten ausgesprochen wird: stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur.

Den gleichen Character hat im Ganzen das cap. 5. §. 1. der allerdings nicht glossirten, aber über den Begriff der Präsumtion immerhin Aufschluß gebenden Nov. 136.

— Si — hoc solum scriptum sit, mutuum sub usuris contractum esse, contrahentes nequeant dicere, quia usurae definitae non sunt, propterea pecuniam fenebrem

non esse, sed per praesumtionem ita fiat exactio, quasi besses usurae expresse nominatae sint.

Es steht fest, daß Zinsen ausbedungen sind, nicht aber die Höhe derselben; nach l. 31. de usur. 22. 1. würde das nullius momenti, das Darlehn also ein unverzinsliches sein. Es soll aber hier, bei den argentarii, ein anderes gelten; sind bestimmte Zinsen ausgemacht, so bewendet es natürlich dabei, ist aber nur im Allgemeinen gesagt, das Darlehn sei ein verzinsliches, so sollen sie 8 % fordern dürfen, per praesumtionem, als wäre das ausdrücklich ausgemacht. Es wird dadurch die mangelhafte und sonst ungiltige Bestimmung ergänzt; der Gegenbeweis, daß ein niedrigerer Zinsfuß verabredet sei, wäre dagegen noch zuläßig.

Dieselbe Novelle 136 enthält im cap. 2 eine andere Bestimmung zu Gunsten der argentarii, die aber nur im Zusammenhang mit l. 27. C. de pignor. 8. 14 zu verstehen ist. In der letztern Stelle verordnet Justinian: Wenn argentarii, die den ihnen Geld Darleihenden Hypotheken zu bestellen pflegen, nach Abschluß eines solchen Darlehncontracts ihren Kindern oder sonstigen Verwandten eine verkäufliche Militia erwerben, so sollen die Gläubiger auch ohne den Beweis, daß die Kinder u. s. w. der argentarii die Militia mit deren Geld erworben haben, die Forderung von denen, welche diese Stelle erhalten haben, eintreiben oder sie auf soviel, als die Stelle verkauft werden kann, in Anspruch nehmen dürfen, d. h. also, es soll ihnen an der Militia ein Pfandrecht zustehen; der Gegenbeweis aber, daß Andere aus ihrem Vermögen das Geld dazu hergegeben haben, ist immer noch zuläßig. Der Grund dieser Bestimmung ist offenbar die Annahme, daß die Militia mit dem Geld der Darleiher erworben sei; das wird angenommen ohne besondern Beweis. Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung — quod militantes illorum (scil. argentariorum) filii datis frui nequeant, quasi non ex paterna, vel aliunde illis quaesita pecunia, sed mutuo dantium militaverint — ist nun Nov. 136 c. 2 erlassen:

— Rogarunt et ipsi (scil. argentarii), ut aut neque in se talis praesumtio locum habeat aut ipsi quoque eadem competant. — Sancimus, obtinente sacra consti-

tutione (l. 27. C. cit.) nec illa praesumtione, quae secundum sacram constitutionem contra illos est, sublata, quoniam multi contrahentes non videntur ex pecuniis suis omnia facere, habere et ipsos idem privilegium etc.

Es wird der Rechtssatz, daß der Gläubiger eines argentarius an der von diesem erworbenen militia ein Pfandrecht haben solle, ohne den Beweis führen zu müssen, daß dieselbe mit seinem Geld gekauft sei, ebenso wie das gleiche, jetzt den argentarii ihren Schuldnern gegenüber eingeräumte Privilegium, praesumtio genannt.

In derselben Weise wie der citirte §. 3. I. 3. 29 nimmt die Nov. 39. cap. 1. pr. Bezug auf die praesumtiones veterum:

— maiores nostri generalibus hypothecis multa per praesumtionem exemerunt, licet nobis non adeo necessaria, — —

und es ist damit der Satz gemeint, daß bei einer vertragsmäßigen Verpfändung des ganzen Vermögens, wie es in l. 6. de pign. 20. 1 heißt, ea non continentur, quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex, — vestis — et ex mancipiis, quae in eo usu habebat, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse. Infolge des vermuthlichen Willens, infolge der Annahme, daß der Schuldner wahrscheinlich bei einer speciellen Verpfändung nicht verpfänden würde, was er ad usum quotidianum (Paulus R. S. V. 6. §. ult.) braucht, wird bestimmt, daß trotz der allgemein lautenden Worte diese Gegenstände dem Pfandnexus nicht unterliegen sollen; dasjenige, was er ausgenommen haben würde, wenn er daran gedacht hätte, was er speciell nicht verpfändet haben würde, bemißt sich nach der Wahrscheinlichkeit [7]).

Nach Nov. 22. cap. 35 kann die mater binuba Schenkungen an die Kinder erster Ehe nicht revociren praetextu ingratitudinis,

non enim sincero iudicio ingratitudinem obiicere videtur, sed ad secundas nuptias respiciens in eam cogitationem

---

[7]) Cfr. auch Cuiac. O. O. V. col. 793.

venisse praesumitur [8]), nisi manifesto probetur, filium vel matris vitae insidias struxisse vel manus impias intulisse. —

Es wird präsumirt, daß der Beweggrund für die Frau, zu revociren, die neue Ehe sei. Der Gegenbeweis, daß sie es wirklich deßhalb thue, weil das Kind undankbar gewesen, wird nicht unbedingt zugelassen, sondern die Revocation wird nur mit der Beschränkung gestattet, daß die Undankbarkeit eine besonders schwere gewesen sein muß, und die Fälle, wo eine solche vorliegt, sind ausdrücklich bezeichnet; in diesen fällt die Vermuthung weg, es wird dann angenommen, sie revocire wirklich wegen der Undankbarkeit, und dagegen kann umgekehrt das Kind nicht beweisen, daß der Widerruf wegen der neuen Ehe erfolgt sei. Die Glosse bemerkt hierzu, daß diese Bestimmung auf den pater binubus keine Anwendung leiden könne, weil der Gesetzgeber das nicht verordnet habe und weil es nicht wahrscheinlich sei, daß der Mann durch die Frau, wie die Frau durch den Mann, zu einer Willensänderung bestimmt werde.

Im cap. 20. derselben Nov. 22 verordnet Justinian, daß der nicht zur zweiten Ehe schreitende Ehegatte die lucra nuptialia behalten soll, mit der Befugniß, letztwillig wie unter Lebenden frei darüber zu disponiren; hat er aber nicht darüber verfügt, so sollen dieselben ausschließlich seinen Kindern verbleiben, auch wenn sie nicht seine Erben sind, und dies wird so motivirt:

> per praesumtionem enim nobis videtur, patrem, dum vivus non alienavit, — vel moriens diserte in alium non transtulit, eas potius liberis servare velle, tanquam ipsorum causa sibi acquisitas, quam in extraneos transferre.

An sich würden die lucra nuptialia wie das übrige Vermögen an die Erben fallen, das Gesetz räumt aber den Kindern

---

[8]) In den citirten, sämmtlich griechisch erlassenen, Novellen ist der Ausdruck πρόληψις gebraucht, dem das in den nicht glossirten Ausgaben dafür stehende Worte praesumtio vollkommen entspricht. Das Authenticum resp. die glossirten Ausgaben nach Contius haben dafür bisweilen (z. E. hier, Coll. IV. Tit. 1. cap. 15.) putare.

als solchen den Anspruch darauf ein, weil dies als der wahrscheinliche Wille des parens angenommen wird, wenn er nicht diserte einen andern Willen zu erkennen giebt, sei es durch Veräußerung unter Lebenden oder durch letztwillige Zuwendung an einen Extraneus. Durch die Präsumtion soll nur bezeichnet werden, daß mit dieser Bestimmung wohl nicht gegen den Willen des Erblassers verstoßen werde; weil der Kaiser dies annimmt, darum erläßt er dieses Gesetz.

L. ult. §. 1. C. ad S. C. Maced. 4. 28 enthält eine Ausnahme von dem durch das S. C. Macedonianum eingeführten Rechtssatz. Wenn der ein Gelddarlehn aufnehmende Haussohn Soldat war, findet die exceptio S. C. Macedoniani nicht statt,

> nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumtae sint. In pluribus enim articulis iuris filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt, et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses.

Der Sinn dieses Gesetzes ist bekanntlich bestritten, indem Manche (z. E. Mühlenbruch Pand. III. §. 575. A. 21. 22. Puchta Pand. §. 306. N. t.) von der communis opinio, daß es sich auf alle Soldaten beziehe, abweichend glauben, daß die Ausnahme nur bei denjenigen filiifamilias milites Platz greife, die ein peculium castrense haben, indem dann vermuthet werde, daß das Darlehn in causam castrensem aufgenommen und verwendet worden sei. Für diese Ansicht spricht allerdings der Umstand, daß die Bestimmung auf den Satz gegründet wird, in pluribus articulis iuris stehe der filiusfamlias miles einem paterfamilias gleich, denn das ist nur zutreffend, insofern er bona castrensia hat. Ich trage aber kein Bedenken, mich der communis opinio anzuschließen, indem dieser Satz zusammen mit der angeführten Präsumtion lediglich ein ganz überflüssiges Motiv für die unabhängig davon getroffene gesetzliche Bestimmung, daß beim Darlehn eines jeden Soldaten das S. C. Macedonianum cessire, enthält. An die Spitze ist der Satz gestellt, daß die Verpflichtung des filiusfamilias miles aus einem Darlehnscontract

eine vollwirksame sei, und zwar soll auf den Grund des Darlehns nichts ankommen, es ist ganz gleichgiltig, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumtae sint. Wenn die Frage, wozu das Geld verwendet worden ist, gar nicht aufgeworfen werden soll, so ist offenbar die Präsumtion, daß es in causas castrenses aufgenommen und ausgegeben ist, ohne jede materielle Bedeutung, der Beklagte kann dann natürlich mit dem Gegenbeweis, daßes an deren Zwecken habe dienen sollen und gedient habe, nicht gehört werden. Es ist vielmehr nur in den Schlußworten gewissermaßen eine Rechtfertigung des vorher aufgestellten Satzes, daß bei dem Darlehn eines jeden Soldaten das Senatusconsultum cessire, und der dadurch herbeigeführten Abänderung des Pandectenrechts, nach welchem die Ausnahme nur dann begründet war, wenn der Haussohn ein peculium castrense hat (l. 1. §. ult. D. eod. 14. 6) enthalten. Diese Rechtfertigung geschieht in folgender Weise: Da schon in mehreren Puncten die filiifamilias milites den homines sui iuris gleichgestellt sind, nämlich dann, wenn sie ein peculium castrense haben, so kann man auch wohl den noch weiter gehenden Satz aufstellen, daß sie, auch ohne Rücksicht darauf, ob sie ein solches haben oder nicht, durch die Aufnahme eines Darlehns wie ein homo sui iuris verpflichtet werden, zumal, wenn man erwägt, daß der Wahrscheinlichkeit nach zu glauben ist, jeder Soldat accipere et expendere in causas castrenses. Also die Präsumtion dient lediglich zur Motivirung und Rechtfertigung, die Bezugnahme darauf könnte fehlen, ohne daß dadurch an der Hauptbestimmung etwas geändert würde.

Hierher gehört auch Nov. 18. cap. 6. Früher fand Collation der Descendenten nur statt, wenn die Eltern ohne Testament verstorben waren; war hingegen ein Testament gemacht und darin nicht über die den Kindern bei Lebzeiten des Testators gegebenen Gegenstände bestimmt, so brauchten dieselben nicht conferirt zu werden. Justinian verordnet nun

> ne talis praesumtio[9]) ullo modo locum habeat sed sive quis decedat intestatus sive testatus — omnino

[9]) Der Text des Authenticum lautet: non esse omnino talem opinionem.

collatio aequaliter fiat, uti iam constitutum est, nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle —

Talis praesumtio kann hier nur den Sinn haben: wenn ein Testament gemacht und darin der einigen Kindern geschenkten Gegenstände keine Erwähnung geschehen ist, so ist anzunehmen, der Testator habe die Collation nicht gewollt. Aber diese Annahme war nur das in den frühern die Collationspflicht der Descendenten einführenden Gesetzen nicht ausdrücklich ausgesprochene Motiv, warum die Collationspflicht nur für den Fall der Intestaterbfolge aufgestellt wurde. Justinian hält nun dieses Motiv, die Collationsverbindlichkeit auf diesen Fall zu beschränken, nicht für genügend, weil die Nichterwähnung im Testament diesen Willen nicht klar genug erkennen läßt, indem es ungewiß ist, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbatione mortis pressus mentionem illius rei non fecerit. Es ist also hier praesumtio eine Wahrscheinlichkeitsannahme und zwar Annahme eines wahrscheinlichen Willens; eine selbstständige Bedeutung ist aber dieser Präsumtion nicht zugekommen, Justinian erklärt daraus nur das frühere Gesetz welches die Collationspflicht nur für den Fall der Intestatsuccession eingeführt hatte.

Einen andern Character hat l. 11. §. 1. de reb. dub. 34. 5. Einer Sclavin ist die Freiheit gegeben unter der Bedingung si primum marem pepererit; sie bringt einen Knaben und ein Mädchen zugleich zur Welt und es läßt sich nicht ermitteln, welches Kind zuerst geboren ist. Hier wird entschieden:

in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eius ingenuitatem, q u a s i  p e r  p r a e s u m t i o n e m priore masculo edito.

Nach der gewöhnlichen Regel müßte die Sclavin den Umstand, der die Voraussetzung ihres Anspruchs auf Freiheit bildet, beweisen, und man würde, wenn sie diesen Beweis nicht erbringen könnte, sie mit ihrem Anspruch zurückweisen müssen, indem vielleicht non ius deficit, sed probatio. In einem solchen Zweifelsfall soll man aber das humanius befolgen und ihr die Freiheit zusprechen, gleichsam als löste eine Präsumtion den Zweifel und sagte, der

Knabe sei zuerst geboren. Daraus kann man natürlich nicht, wie dies früher unter Berufung auf allerhand physiologische und gynäcologische Hypothesen häufig geschehen ist, den allgemeinen Satz machen, daß bei Zwillingsgeburten das männliche Kind zuerst das Licht der Welt erblickt habe, wenn nicht das Gegentheil bewiesen werde. Wäre die Bedingung der Freilassung gewesen: si primum feminam pepererit, so würde der Schluß gelautet haben: quasi per praesumtionem priore femina edita, weil dann diese Annahme das humanius gewesen wäre[10]. Für uns hat die Stelle die Bedeutung, daß wir aus ihr ersehen, wie eine solche Annahme, wodurch ein auf andere Weise nicht zu beseitigender Zweifel gelöst wird, als Präsumtion bezeichnet ist.

L. 3. §. 13. de Carb. ed. 37. 10. und l. 3. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. 43. 4. sprechen von einer praesumtio Carbonianae bonorum possessionis und Carboniani edicti. Der missus ex Carb. edicto wird zunächst nur Besitzer und soll hac praerogativa zufrieden sein; will er die hereditatis petitio oder die civilen Singularklagen anstellen, so muß er es quasi heres, nicht quasi bonorum possessor thun und den Beweis seiner Erbberechtigung führen, ne p r a e s u m t i o Carbonianae bonorum possessionis iniuriam adversariis afferat (l. 3. §. 13. cit.). Wenn einem die Erbschaft eines Verstorbenen als dessen Descendent in Anspruch nehmenden impubes die Descendentenqualität bestritten wird, so soll, wenn nicht schon ganz klare Beweise vorliegen, daß er nicht Descendent ist, der Streit über sein Recht regelmäßig bis zu seiner Mündigkeit verschoben und ihm inzwischen der Besitz der Erbschaftsgüter gegeben werden, indem man, wenn nicht das Gegentheil sofort klar ist, ihn vorläufig als rechtmäßiges Kind des Erblassers annimmt, ohne weiteren Beweis, blos deßhalb weil das Gegentheil nicht bewiesen ist. Das ist die praesumtio Carb. bon. possessionis, die Vermuthung, die infolge des Edicts zur Einräumung des Nachlaß-

[10]) Ich halte es nicht für richtig, wenn Puchta Pand. §. 60. N. d. daraus die allgemeine Präsumtion macht: ist ein Umstand, der zur Erfüllung der Bedingung gehört, so ungewiß, daß sich weder sein Eintritt noch Nichteintritt constatiren läßt, so soll bei letzwilligen Dispositionen die Erfüllung vermuthet werden.

besitzes hinreicht. Weiter reicht aber ihre Wirkung nicht; die Annahme, daß der Unmündige ein Kind des Erblassers sei, die sich auf nichts als eine geringe Wahrscheinlichkeit und das Nichtbewiesensein des Gegentheils stützt, ersetzt nicht etwa vollständig den Beweis des Rechts, so daß er sich nun als wahrer Erbe geriren und die civilen Klagen anstellen könnte, sondern er muß sich mit dem ihm eingeräumten Vorrecht des Besitzes bis zu seiner Mündigkeit begnügen. Wenn er in dem spätern Streit über sein Erbrecht die günstige Stellung des Beklagten haben will, so muß er noch Caution leisten. — In l. 3. §. ult. cit. wird gesagt, daß der Prätor dem Venter den Nachlaßbesitz verspreche ad exemplum praesumtionis Carb. edicti.

L. 18. §. 1. ad leg. Corn. de fals. 48. 10. Wenn der Schreiber eines Testaments auch niederschreibt, daß er Vormund für das unmündige Kind des Erblassers sein solle, suspectus esse praesumitur; er ist aber, zwar nicht aus dem Testament, aber als tutor dativus zu bestellen, wenn er nur geeignet ist; excusiren kann er sich dann nicht, weil er durch das Niederschreiben seine Einwilligung erklärt hat. Die Annahme, daß er verdächtig sei und sich zugedrängt habe, ist etwas gewagt, es wird aber auch so wenig Gewicht darauf gelegt, daß er mit seinen Excusationsgründen gar nicht gehört wird.

Schließlich sind noch die Stellen kurz zu berühren, in denen praesumere als bloses Glauben, Meinen, Dafürhalten u. a. gebraucht ist:

l. 3. de cond. indeb. — ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumserat.

l. 67. §. ult. de leg. II. — ne — fides — decipiat patrem, qui melius de matre praesumserat.

l. 31. §. 21. de aed. ed. — praesumtum est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata —

l. 37. eod. — praesumtum est, ea mancipia, quae rudia sunt, simpliciora esse —

l. 30. §. 4. de acquir. hered. — toties ei sua praesumtio proficit, quoties concurrit cum veritate.

l. 44. §. 4. de usurp. et usuc. — si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi praesumtione credat.

l. 7. de in lit. iur. Vulgo praesumitur, alium in litem non debere iurare quam dominum litis.

l. 18. §. 3. de instr. vel instr. leg. — in qua praesumtione sunt, qui in quaque regione commorantur.

l. ult. C. si min. se mai. dix. — si maiorem annis falsa opinione te praesumsisse ex probationum luce cognoverit.

Es bleibt endlich von den oben citirten Stellen nur noch die eine übrig, die l. 12. C. de oper. publ. 8. 12., die ich zum Schluß bringe, weil sie auf den ersten Blick mit keiner der andern Stellen Aehnlichkeit hat, und weil die Frage nach der Bedeutung des Wortes praesumtio in derselben in der That Schwierigkeiten bietet, die gelöst zu haben, ich nicht mit Sicherheit behaupten kann. Der Sinn der Stelle selbst ist einfach: die ordines (scil. decurionum) und die Einwohner der Städte sollen neue Mauern bauen bezügl. die alten repariren und fester machen, und zwar sollen die Kosten in der Weise vertheilt werden, daß die Beiträge nach der Taxe des künftigen Baues auf die Grundstücke der Bürger angewiesen werden.

> — oportet namque per singula non sterilia iuga certa quaeque distribui, ut par cunctis praebendorum sumtuum necessitas imponatur, nemini excusatione vel alia **praesumtione** ab huiusmodi immunitate praebenda.

Der allgemeine Sinn der Worte nemini — praebenda, die übrigens nicht im Codex Theodosianus stehn, ist, daß Niemand von dieser Beitragspflicht befreit sein soll. Was heißt aber praesumtio ab huiusmodi immunitate? Ist das gleichbedeutend mit praesumtio immunitatis, Vermuthung für die Befreiung? Kann man sagen: Jemandem eine Vermuthung für die Steuerfreiheit gewähren? Und was heißt das: vel alia praesumtio? Ist excusatio eine Art der praesumtio? Es scheint mir, daß grammatisch die Worte praesumtio ab huiusmodi

immunitate nur so aufgefaßt werden können: »die Präsumtion hergenommen von einer derartigen Immunität«, so daß man construiren muß: nemini excusatione praebenda und nemini alia praesumtione ab huiusmodi immunitate praebenda; und der Sinn ist vielleicht der: es soll jetzt keinem Einzigen speciell ein Entschuldigungsgrund, eine Ausnahme von dieser Pflicht gewährt werden (Cfr. dazu l. 1. C. eod.: plurimi immunitates operum publicorum concessione iudicum adepti sunt et ideo iubemus in posterum elicitas [alias: illicitas] immunitates nullius esse momenti), noch soll sich Jemand sonst auf eine Präsumtion hergenommen ab huiusmodi immunitate berufen dürfen d. h. hergenommen von einer anderweiten Immunität z. B. wegen dignitatis privilegium, weil er vielleicht als decurio frei ist von öffentlichen Abgaben im Allgemeinen, wie es in l. 7. C. eod. heißt: ad portus et aquaeductus et murorum instaurationem sive exstructionem omnes certatim instare debent, neque aliquis ab huiusmodi consortio dignitatis privilegiis excusari Präsumtion bedeutet daher wohl die Schlußfolgerung von einer sonstigen Immunität auch auf diese, die Argumentation: Jemand ist infolge allgemeinen Privilegs überhaupt frei von öffentlichen Lasten, folglich ist er auch von dieser speciellen Verpflichtung frei. Man kann daher die Worte vel alia praesumtione ab huiusmodi immunitate praebenda etwa so umschreiben: vel alia excusatione, praesumta propter generalem huiusmodi immunitatem, praebenda.

## §. 15.

### Aehnliche Ausdrücke.

Ich habe mich bei den bisherigen Erörterungen lediglich an diejenigen Stellen gehalten, wo der Ausdruck praesumere selbst gebraucht ist, und habe dies gethan zunächst zu dem Zweck, um zu constatiren, daß dieses Wort bei den Römern eine gleich weite und allgemeine Bedeutung hat, wie unser Vermuthen, nur daß in ihm mehr das blos negative Moment des Vorwegannehmens ohne Beweis hervortritt.

Diese Stellen beweisen aber nur positiv, daß Etwas Präsumtion genannt wird; es ist damit, daß dieses Wort in andern nicht vorkommt, natürlich nicht gesagt, daß es außer den in den angeführten Quellenstellen enthaltenen Präsumtionen andere nicht gebe. Wir finden im corpus iuris eine Reihe von Ausdrücken, denen sprachlich die gleiche Bedeutung zukommt, z. E. creditur, videtur, intelligitur, verisimile est, coniectura, u. ä. (cfr. Menoch I. qu. 10., Mascard I. qu. 10. Nr. 1—7. Feuerlein §. 20. N. 5.) und der Inhalt der betreffenden Stellen liefert uns das gleiche Ergebniß. An einigen Beispielen wird dies ohne besondere Ausführung erhellen.

l. 77. §. 15. de leg. II. Ab instituto extraneo praedia libertis, cum moreretur, verbis fideicommissi reliquerat et petierat, ne ex nomine familiae alienarentur. Substitutum ea praedia debere ex voluntate defuncti, respondi; sed utrum confestim an sub eadem conditione, voluntatis esse quaestionem, sed coniectura ex voluntate testatoris capienda mortem instituti esse spectandam.

l. 1. C. de contr. stip. 8. 38. Licet epistolae — additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est, praecedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse.

l. 6. de cond. causa data 12. 4. Ein Extraneus hat eine dos recepticia für die Frau gegeben, die Ehe kommt nicht zu Stande, er kann die Dos zurückfordern, denn verisimile est in hunc quoque casum eum, qui dat, sibi prospicere — nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit etc. [1])

l. 74. de leg. I. — videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta — si non fuit evidens diversa voluntas —

l. 24. de reb. dub. 34. 5. Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur.

In diesen und andern Fällen kann mit demselben Recht von Präsumtion gesprochen werden, wie da, wo uns der Wortlaut dazu ermächtigt, und es wird im Folgenden auch auf diese selbst-

[1]) Cfr. auch unten §. 28.

verständlich Rücksicht genommen werden, soweit sie eine Rücksicht verdienen.

### III. Ergebniß aus diesen Quellenstellen für den Begriff.

§. 16.

Aus den bis jetzt besprochenen Stellen ersehen wir, daß das Wort praesumtio in mehrfachen Bedeutungen gebraucht ist und daß dem, was Präsumtion genannt wird, verschiedene Functionen zukommen.

Fragen wir zunächst, was die ganz gewöhnliche, die allgemeinste Bedeutung von praesumere abgesehen von aller rechtlichen Beimischung ist, so sagt das Wort wie unser Vermuthen zunächst nichts als: etwas annehmen; in seiner weitsten Bedeutung ist es unser Glauben, Meinen, Dafürhalten. In diesem Begriff ist aber zugleich ein negatives Merkmal enthalten: es ist ein Annehmen ohne Beweis. Dies liegt in gleicher Weise im Wort praesumtio wie im Wort Vermuthung. Das Moment der Wahrscheinlichkeit wie das der Schlußfolgerung kann allerdings in dieser Annahme enthalten sein und wird es auch in den meisten Fällen, aber beide sind nicht wesentlich für den Begriff. Die Wahrscheinlichkeit ist gewöhnlich der Grund der Annahme, die Schlußfolgerung die Form, der Weg, auf welchem man zu derselben gelangt. Die Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß Niemand facile pecunias iactat, darum wird angenommen, wenn Jemand zahlt, zahle er eine Schuld, und dies stellt sich, wenn man es logisch zerlegt, so dar: wenn Jemand zahlt, zahlt er wahrscheinlich ein debitum (Obersatz); Jemand hat gezahlt (Untersatz), also hat er ein debitum gezahlt (Schluß); oder: wenn der Gläubiger den Schuldschein zerreißt, ist es wahrscheinlich, daß der Schuldner liberirt ist, der Schuldschein ist vom Gläubiger zerrißen, also ist der Schuldner liberirt u. s. w. Wenn aber nun auch Präsumtion gewöhnlich mit Recht als eine Wahrscheinlichkeitsannahme bezeichnet werden kann, als das subjective Glauben von Etwas, weil es wahrscheinlich ist, ebenso wie als ein Glauben ohne Beweis, ohne solche Gründe, die zur vollen Ueberzeugung hinreichen, so überwiegt doch

im Begriff der Präsumtion das negative Moment, daß es ein Glauben ohne Beweis, keine volle Ueberzeugung ist. Das Erforderniß der Wahrscheinlichkeit als einer objectiven hat etwas sehr problematisches, denn was ist objective Wahrscheinlichkeit? Wenn man, wie dies z. E. Weindler thut, als objectiv wahrscheinlich dasjenige bezeichnet, wofür die Mehrheit der Gründe spricht, so drängt sich die Frage auf, wie man denn diese Mehrheit feststellen, an welchem Maßstab man sie messen will. Ich halte mit Kant eine Theorie oder eine Logik der Wahrscheinlichkeit für unmöglich, weil das Verhältniß der unzureichenden Gründe zum Zureichenden sich nicht mathematisch abwägen läßt, und glaube, daß jeder solcher Versuch, das Gebiet des Wahrscheinlichen nach festen Regeln zu normiren und die Wahrscheinlichkeit nach Graden zu bestimmen, ein verfehlter sein muß, wie es die bisherigen in der That gewesen sind. Wenn wir im gewöhnlichen Leben von Vermuthen, etwas als wahrscheinlich Annehmen sprechen, so bezeichnen wir damit, daß wir weder bestimmt wissen und überzeugt sind, noch aber auf der andern Seite uns im Zustand der vollen Bewußtlosigkeit und Unentschiedenheit befinden, sondern daß wir geneigt sind, etwas für wahr zu halten; wir können nicht sagen: es ist wahr, aber unser Inneres neigt sich dazu hin, es als wahr anzunehmen, es scheint uns wahr nach unserer subjectiven Anschauung, es ist uns wahrscheinlich. Bisweilen sind wir uns der Gründe, weßhalb wir etwas glauben, bewußt, bisweilen nicht. Wir glauben, weil es uns wahrscheinlich ist, aber warum es wahrscheinlich ist, werden wir häufig nicht sagen können, es ist das vielleicht auf dem Weg einer Reihe von unbewußten Schlüssen entstanden, aber bei allen Gründen, wenn man sich von ihnen Rechenschaft ablegt, wird man zuletzt doch wieder darauf kommen, daß der Grund eben nur ein wahrscheinlicher ist. Wenn ich gefragt werde, ob Jemand ein Haus noch besitzt, welches er vor Kurzem besessen hat, so kann ich antworten: ich vermuthe es, weil es wahrscheinlich ist, daß er seit dieser Zeit nicht aufgehört hat, zu besitzen; aber einen Grund dafür, warum es wahrscheinlich ist, werde ich schwer angeben können; es lassen sich eben keine bestimmten Gründe für die Wahrscheinlichkeit aufstellen, sie ist immer etwas subjectives.

Man wird wohl im einzelnen Falle, wo man etwas für wahrscheinlich hält, darauf rechnen können, daß diese Annahme eine allgemeine ist, insbesondere dann, wenn dieselbe in der Natur und dem allgemeinen Verhältniß der Dinge liegt, z. E. daß in einer gewissen Jahreszeit eine gewisse Temperatur herrscht, aber die Wahrscheinlichkeit wird, zumal wir in die Natur und das Verhältniß der Dinge nur eine unvollkommene Einsicht haben, dadurch nicht zu einer objectiven, die uns einen sichern Anhalt und Maßstab gewähren könnte, es giebt keine allgemeinen Gesetze, nach welchen die Wahrscheinlichkeit bestimmt und regulirt werden könnte. So sieht auch Globig (Theorie der Wahrscheinlichkeit Bd. I. pag. 8.) den Nutzen einer Theorie der Wahrscheinlichkeit, obgleich er mit derselben zwei Bände gefüllt hat, eigentlich nur darin, daß sie das practische Gefühl berichtigt und den Denker gewöhnt, alle Umstände genauer gegen einander abzuwägen, Leidenschaften und Vorurtheile zu entfernen und denjenigen Grad kaltblütiger Besonnenheit zu erreichen, welcher der beste Weg zur Wahrheit bei allen empirischen Urtheilen ist.

Wenn man also sagt, der Grund der Vermuthung sei die Wahrscheinlichkeit, so sagt man damit nichts anderes als: der Grund, warum ich etwas glaube und für wahrscheinlich halte, ist, weil ich es für wahrscheinlich halte. Wenn nach l. 25. pr. h. t. praesumtio pro eo est qui accepit, weil der Zahlende nicht leicht sein Geld verschleudert, so lautet das etwas umschrieben: es ist nicht wahrscheinlich, daß Jemand ein indebitum zahlt, darum ist es wahrscheinlich, daß er ein debitum gezahlt hat; es ist wahrscheinlich, weil es wahrscheinlich ist. Je nachdem diese Annahme mehr oder weniger allgemein getheilt wird (praesumtionem pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat), kann man die Wahrscheinlichkeit eine größere oder geringere nennen; aber das Vermuthen, wie der Vermuthungsgrund, bleibt immer etwas subjectives. Da wir nun gesehen haben, daß der Weg, auf welchem wir zu einer solchen Annahme gekommen sind, uns oft nicht klar ist, daß wir uns von dem Grund, weßhalb wir etwas glauben und vermuthen, häufig keine Rechenschaft ablegen können, so darf man auch nicht, wie es häufig geschieht, Vermuthung im Allgemeinen definiren als die Schluß-

folgerung von einer Thatsache auf die andere [1]), denn wie vertragen sich mit dieser Definition z. E. die von den so Definirenden selbst aufgestellten Sätze, daß bona fides, Unbedingtheit des Geschäfts, Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts u. s. w. präsumirt werde? Es kommt vielmehr, wie sich aus den das Wort praesumere enthaltenden Stellen ergiebt, der Präsumtion eine allgemeinere, gewöhnlich außer Acht gelassene Bedeutung zu, nämlich die des Sichhinneigens auf eine Seite, auch im Zweifel, wenn an sich das Eine so gut möglich ist als das Andere, wo von einer Wahrscheinlichkeit, einem wahrscheinlichen Schluß nicht die Rede sein kann. So kann in der oben citirten l. 40. §. 7. de statulib. praesumtio nicht Schlußfolgerung bedeuten und auch nicht gesagt werden, daß die Mehrheit der Gründe für die vom Juristen gebilligte Annahme spreche; es ist vollständig zweifelhaft, ob durch die Erwähnung der vier Monate, innerhalb welcher Rechnung abgelegt werden soll, die Freiheit der Sclaven von der Rechnungsablegung gerade innerhalb dieser Zeit abhängig gemacht ist und in diesem Zweifel wird entschieden: melius est, praesumtionem pro statuliberis esse, es ist besser, wenn man sich in diesem Zweifel auf die Seite der Freigelassenen neigt.

Und so kann das Moment der Wahrscheinlichkeit, der objectiven, wenn man so will, ganz fehlen und es wird doch von praesumtio gesprochen; es ist ein bloses Annehmen ohne Beweis, ohne eigentliches Bewußtsein der Gründe, das Hinneigen zu einer Annahme. Welche Wahrscheinlichkeit spricht z. E. dafür, daß der Vater deßhalb, weil er nicht über die lucra nuptialia disponirt hat, sie seinen Kindern hat reserviren wollen, auch wenn sie nicht seine Erben werden? Ist es nicht viel wahrscheinlicher, daß sie seiner Absicht nach mit seinem übrigen Vermögen an diejenigen fallen sollen, die in seine ganze vermögensrechtliche Stellung eintreten? Ist es nicht wahrscheinlicher, daß eine Mutter ihrem undankbaren Kinde wegen seiner Undankbarkeit das Geschenk entziehen will, als daß sie es deßhalb thut, weil sie zum zweiten Mal verheirathet ist? Und der Stellen, in welchen praesumtio in diesem ganz allgemeinen Sinn gebraucht ist, sind nicht wenig.

[1]) Cfr. unten §. 24.

Diese ganz allgemeine Bedeutung von praesumtio entschuldigt die ältern Schriftsteller, wenn sie in vielen Fällen von Präsumtion sprechen, in welchen eine solche heutzutage nicht anerkannt wird. Bei dieser Auffassung erklärt sich eine Reihe von Sätzen, die sonst unverständlich oder mit andern in Widerspruch sind. So hat — um nur dies eine Beispiel zu erwähnen — in dem oft angeführten Satz »facta non praesumuntur« das praesumere diese weitere Bedeutung: Thatsachen werden nicht ohne Beweis angenommen, wovon dann aber eben die Präsumtion im technischen Sinne eine Ausnahme macht [2]). Aber ihr Fehler war, daß sie diesem allgemeinen Begriff ein Gewicht beilegten, welches ihm nicht zukommt, daß sie unterschiedlos für die Präsumtion in der allgemeinen Bedeutung wie für die technische Präsumtion die gleichen Grundsätze aufstellten, daß sie Regeln bildeten, welche für die ganze Gattung gelten sollten, während sie doch höchstens für einige Arten passend waren. Wir brauchten über das Wort nicht zu streiten, wenn man nicht mit demselben Begriffe verbände und Rechtssätze daraus ableitete, die auf das Wort in dieser allgemeinen Bedeutung eine Anwendung nicht finden können.

## Zweites Capitel.

## Bedeutung dieses Begriffs im Rechtsgebiet, insbesondere im Proceß.

### I. Einfluß der Präsumtion i. w. S. auf die Urtheilsfällung.

### §. 17.

Mit diesem allgemeinen Begriff von Präsumtion, den wir nicht nur in den Quellen gefunden haben, sondern der auch ohne ausdrückliche Zeugnisse mit dem Wort zu verbinden sein würde — nämlich als des Vorwegannehmens eines Umstands ohne feste Ueberzeugung und als des Grunds dieses Annehmens, der größern oder geringern Wahrscheinlichkeit — haben wir aber an sich noch

[2]) Cfr. auch l. 11. C. de cond. ind. 4. 5.: — praesumtionem transactionis non induci, nisi hoc specialiter — approbetur. — Sätze, wie z. E. non praesumitur solennitas extrinseca, nisi probatur finden sich bei den Schriftstellern des Mittelalters sehr häufig.

nichts gewonnen. Es entsteht die Frage: was wird mit diesem Begriff im Rechtsgebiet? Ist ihm ein Einfluß bei der Aufstellung von Rechtssätzen und Rechtsprincipien zugekommen im Allgemeinen und kommt ihm schon feststehenden Principien gegenüber ein Einfluß zu?

Da die Präsumtion Annahme ohne Beweis ist, die Frage nach dem Beweis aber dem Proceß angehört, so werden wir naturgemäß auf den Proceß geführt und unsere Untersuchung hat sich zunächst darauf zu richten, was Präsumtion in diesem weiten Sinn im Proceß wirkt. Der Zusammenhang der Präsumtionen mit dem Proceß und speciell mit dem Beweis ist unverkennbar und bei aller Verschiedenheit der Ansichten im Uebrigen auch nie verkannt worden; das Rubrum des Tit. Dig. 22. 3, welches die praesumtiones neben den probationes nennt, zeigt uns zum Ueberfluß, daß auch die Römer hierin die Hauptbedeutung der Präsumtionen gefunden haben. Welcher Art aber dieser Zusammenhang ist, das ist das Zweifelhafte und Bestrittene.

Es sind hier verschiedene Fragen, die wir in's Auge fassen müssen. Die eine werden wir an dieser Stelle, die andere im folgenden §. besprechen.

Die erste Frage ist: kann der Richter einen Umstand, der nach feststehenden Grundsätzen von einer bestimmten Partei bewiesen werden muß, ohne Beweis annehmen aus Gründen der Wahrscheinlichkeit und darauf hin sein Urtheil fällen? Genügt Wahrscheinlichkeit zur Verurtheilung des Beklagten bezüglich zur Abweisung des Klägers auf Grund einer vorgeschützten Einrede? Oder, wenn wir die Frage noch präciser fassen: darf der Richter ohne jede Beweisführung einen Umstand, der bewiesen werden muß, als wahrscheinlich annehmen und darauf hin seinen Spruch fällen, oder genügt es wenigstens, daß das Resultat der stattgehabten Beweisführung Wahrscheinlichkeit ist? Der Standpunct unseres gemeinen Rechts ist bekanntlich hierbei der: Wenn zwischen zwei Parteien Streit entstanden ist und die eine derselben die Hilfe des Staats gegen den ihr Recht Verletzenden anruft und einen Anspruch gegen denselben gerichtlich geltend macht, so muß sie darthun, daß der klagend verfolgte Anspruch ein begründeter

ist. Zu dieser Begründung gehört an sich ein Doppeltes, das Vorhandensein eines objectiven Rechtssatzes, wonach unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch zusteht, und das Vorhandensein dieser Voraussetzungen im concreten Falle. Wenn z. E. der Kläger auf den Rechtssatz sich stützend, daß aus der Einigung zweier Personen über Waare und Kaufpreis die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache zu tradiren hervorgehe, anführt, es habe zwischen ihm und dem Beklagten ein solches Uebereinkommen stattgefunden, so ist sein Anspruch auf Tradition der Sache rechtlich begründet. Die Existenz des Rechtssatzes braucht er weder zu behaupten noch zu beweisen, die Frage, ob unter gewissen Voraussetzungen ein rechtlicher Anspruch zusteht, hat der Richter zu beantworten, der als solcher verpflichtet ist, die Bestimmungen des Rechts zu kennen. Ob aber die Voraussetzungen vorhanden sind, mit welchen die rechtliche Folge verknüpft ist, das kann er nicht wissen, das muß von demjenigen, der die rechtliche Folge als eingetreten für sich geltend macht, nicht nur behauptet, sondern bewiesen werden. Beweisen heißt aber nichts andres als wissend machen. Kläger muß also dem Richter, damit dieser den verfolgten Anspruch als rechtlich und factisch begründet erkennen und aussprechen kann, Gründe für das Wahrsein der behaupteten thatsächlichen Voraussetzungen beibringen, so daß der Richter Gewißheit darüber hat. Wenn nun statt der Gewißheit blos Wahrscheinlichkeit erbracht wird, wenn der Richter durch den geführten Beweis nicht überzeugt ist von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen, sondern nur vermuthet, daß es so sein möge, aber mit dem Bewußtsein, daß es wohl auch anders sein könne, darf er auf die Wahrscheinlichkeit hin den Beklagten verurtheilen? Die Frage ist zu verneinen und wird in dieser Fassung allgemein verneint; der Richter muß überzeugt sein, wenn er durch seinen Urtheilsspruch etwas an den thatsächlich bestehenden Verhältnissen verändern soll.

Aber in der neuern Zeit ist die Frage aufgeworfen worden und wird lebhaft ventilirt, ob darüber, wann der Richter überzeugt sein dürfe und müsse, Regeln aufzustellen zulässig, oder mit den Schlagwörtern bezeichnet, ob freie logische oder legale Beweistheorie als Princip an die Spitze der Beweislehre zu stellen sei.

Jene will die Thatfrage ohne alle Beschränkung der Prüfung des Richters überlassen, diese setzt dem richterlichen Ermessen gewisse Schranken. Die Anhänger beider Theorien sind darin einig, daß es sich im Proceß nicht darum handeln kann, absolute Gewißheit zu erzielen, die objective Wahrheit zu ergründen, so daß jede Möglichkeit des Sichandersverhaltens ausgeschlossen wäre; wollte man eine solche Gewißheit erfordern, so würde der Rechtsschutz, welchen der Staat dem Verletzten garantirt, zu einer Chimäre werden, indem der Verletzte als derjenige, dem die Verpflichtung diese Gewißheit zu erbringen obliegt, in den weitaus wenigsten Fällen ihr Genüge leisten könnte. Es muß daher ein Weg eingeschlagen werden, auf dem man der selbst nicht zu erreichenden Wahrheit wenigstens am nächsten kommt. In den Wegen, auf welchen dieses Resultat zu gewinnen sei, gehen die beiden Theorien auseinander. Die freie Beweistheorie überläßt es lediglich dem freien Ermessen, der Logik und, wenn man will, dem Gewissen des Richters[1]), sich von der Wahrheit einer Thatsache überzeugt zu halten; die legale Beweistheorie stellt den Begriff der juristischen, formalen Wahrheit auf, d. h. einer solchen, deren Annahme auf bestimmten juristischen Regeln beruht. Nach beiden gewinnt man nur Wahrscheinlichkeit; auf beide paßt der Ausspruch des Thomasius (Diss. de fide iurid. in Diss. acad. II. 46.): omnis fere fides iuridica ultimo se solvit in probabilitatem gradibus discrepantem; bei der einen erkennt das Gesetz unter gewissen juristischen Voraussetzungen die Wahrscheinlichkeit als genügend an; bei der andern wird dem Richter im Voraus und im Allgemeinen gesagt, daß seine subjective Annahme der Wahrheit genügen solle. Jede Theorie glaubt, das von beiden gleichmäßig angestrebte Ziel der materialen realen Wahrheit am sichersten zu erreichen; jede hat, wie es bei solchen Aushelfen natürlich ist, ihre Licht- und ihre Schattenseiten. Welcher von beiden der Vorzug zu geben sei, das zu erörtern ist hier nicht der Ort. Man hat in neuster Zeit die Legaltheorie oft und heftig angegriffen und die Einführung der freien logischen Theorie als eine Forderung der Zeit auf das Programm gesetzt.

[1]) Dies drückt l. 79. §. 1. de iudic. 5. 1. mit den Worten aus: der Richter solle de facto, prout religio suggerit, proferre sententiam.

Ich glaube, daß die Vorwürfe, die man jener macht, in dem Umfang nicht begründet sind; es geht ihr nicht, wie man behauptet, die Form über das Wesen, sondern sie hält es, mit Berücksichtigung des Umstands, daß für den Gegenbeweis die gleichen Regeln gelten, für das kleinere von zwei Uebeln, die Ueberzeugung des Richters an gewisse Bedingungen zu knüpfen und so möglicherweise einmal gegen die objective Wahrheit zu verstoßen, als dem subjectiven Ermessen und somit leicht der Willkür eines jeden einzelnen Richters die Entscheidung so wichtiger Fragen zu überlassen und dadurch, abgesehen von der hier mindestens gleich nahe liegenden Möglichkeit eines dem objectiven Sachverhalt nicht entsprechenden Ausspruchs, die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu einer sehr problematischen zu machen[2]). Wir haben in unserm heutigen gemeinen Proceß nicht mehr die starre legale Beweistheorie, die uns allerdings aus den Schriften des Mittelalters durch ihren Formalismus und die pedantische Gliederung in vollen, halben, mehr als halben und weniger als halben Beweis abschreckend entgegentritt, wir sind davon so weit entfernt wie von dem Standpunkt des ältern römischen Rechts, wonach der iudex privatus in ganz ungebundener Stellung ex animi sui sententia annehmen konnte was er wollte, ohne eine andere Controle als die Oeffentlichkeit des Verfahrens; die Schranken, welche geblieben sind, welche die legale Beweistheorie unserm heutigen Richter auferlegt, sind nicht der Art, daß man sie als eine drückende Last empfände und um jeden Preis abschütteln müßte. Mag man aber de lege ferenda über die freie Beweistheorie und deren Vorzüge denken wie man will, so steht doch für unsern heutigen gemeinen Proceß fest, daß in vielen Puncten die Ueberzeugung des Richters, auf die hin er sein Urtheil zu fällen hat, noch an bestimmte juristische Regeln gebunden ist. Ist diesen Regeln im einzelnen Fall Genüge geschehen,

[2]) Jedenfalls müßte, wenn man dem Ermessen des Richters einen so freien Spielraum einräumen wollte, die ganze Structur unseres Processes verändert werden; vor allen Dingen scheint es mir bei der Annahme der freien Beweistheorie ein unbedingtes Erforderniß zu sein, daß man eine Berufung gegen den Urtheilsspruch des ersten Richters nur in Bezug auf die Rechts-, nicht auch auf die Thatfrage zuläßt.

so muß der Richter von der Wahrheit der so bewiesenen Thatsache überzeugt sein, wenigstens so lange, bis der — bei absoluter Gewißheit natürlich ganz ausgeschlossene — Gegenbeweis nach gleichen Regeln erbracht ist; fehlt etwas an den gesetzlichen Erfordernissen, so ist höchstens Wahrscheinlichkeit vorhanden und damit diese für ausreichend erachtet werden konnte, darauf hin den Beklagten zu verurtheilen, bedurfte es der Sanction des Gesetzes, die eben hier fehlt.

Der Präsumtion in dieser allgemeinen Bedeutung kann also ein Einfluß auf die Frage, wie muß bewiesen werden und wann ist bewiesen, nicht zugeschrieben werden, nach der freien Beweistheorie bildet sie keinen Gegensatz zum Beweis und nach der legalen genügt sie regelmäßig nicht, wenn sie nicht den Beweisregeln entspricht und dadurch zur juristischen Gewißheit erhoben ist.

Ich sagte, daß heutzutage noch in vielen Puncten die Ueberzeugung des Richters an bestimmte juristische Regeln gebunden sei, und will wenigstens mit kurzen Worten angeben, wie ich dies verstehe. Wenn das einfache Sein einer Thatsache, eines zufälligen Umstands oder einer menschlichen Handlung, in Frage steht, so greifen die gesetzlichen Beweisregeln Platz. Der Tod einer bestimmten Person, deren Geborensein, deren Leben, die Verwandtschaft eines Menschen mit einem andern, Abschluß eines Kaufs, einer Schenkung, Eingehung einer Ehe, Zahlung einer Schuld u. s. w. darf der Richter nicht auf blos menschliche Wahrscheinlichkeit hin annehmen, sondern nur dann, wenn ihm von dem auf solche Thatsachen einen Anspruch Stützenden in gesetzlich vorgeschriebener Weise genügende Gründe für das Fürwahrhalten erbracht sind. Wenn ein Zeuge die Eingehung des vom Beklagten geleugneten Kaufvertrags bestätigt, so darf der Richter, mag ihm auch die Aussage dieses Zeugen noch so glaubhaft sein und der Kläger ihm als ein viel glaubwürdigerer Mann als der Beklagte erscheinen, doch nicht den Beklagten in Gemäßheit des Petitums verurtheilen, sondern muß, weil juristische Gewißheit hierdurch noch nicht erbracht ist, seine Entscheidung von der Leistung oder Nichtleistung des dem Einen oder dem Andern aufzuerlegenden Eides abhängig machen.

Daß sich hingegen in Beziehung auf dasjenige, was sich der

äußern Beobachtung entzieht, in Beziehung auf die juristische Tragweite, die Bedeutung, den Umfang einer Thatsache, die Motive einer menschlichen Handlung, kurz Alles, was rein innerlich ist, solche Regeln nicht aufstellen lassen und auch in der That nicht aufgestellt sind, das wird selbst der strengste Anhänger der legalen Theorie zugeben müssen. Ob metus, error, culpa, mora, bona fides, dolus vorhanden ist, die Frage nach dem Willen des einen Vertrag Schließenden oder eine letzwillige Disposition Treffenden u. s. w. — Alles das ist nicht in solche Regeln einzuschließen; hier ist das Urtheil des Richters freier und muß es nothwendig sein, hier ist das Gebiet des richterlichen Ermessens, hier kann und muß er nach den Umständen des concreten Falls entscheiden. Bei diesen und ähnlichen Fragen hat es nie eine streng legale Beweistheorie gegeben, ja die als Anhänger der strengen gesetzlichen Theorie verrufenen canonistischen Schriftsteller sind hier zum Theil viel laxer als heutzutage der eifrigste Vertheidiger der freien logischen Beweistheorie, wie z. E. von Manchen Simulation ohne Weiteres daraus angenommen wird, daß der Verkäufer noch im Besitz der Sache bleibt. Der Richter entnimmt hier aus den vorgelegten Thatsachen, ob die Behauptung einer culpa, eines error u. s. w. begründet ist, aber die Thatsachen selbst müssen ihm legal bewiesen sein. Wenn z. E. der putator in l. 31. ad l. Aquil. Aeste auf einen begangenen Weg herabwirft, und einen Menschen verletzt, so wird der Richter darin eine culpa finden und ihn verurtheilen, denn culpa ist eine ideale Thatsache, ein Begriff, der direct durch gewöhnliche Beweismittel so wenig bewiesen werden kann wie der Begriff des Eigenthums; nur der Beweis der Voraussetzungen, welche diesen Begriff bilden, ist möglich, beim Vorliegen der äußern Thatsachen prüft der Richter, ob aus ihnen der Begriff der Fahrlässigkeit sich ergiebt[5]), aber das Vorhandensein dieser äußern Voraussetzungen, also hier das Herabwerfen und Verletzen muß doch erst feststehn; beim Beweis des dolus ex indiciis sind doch erst die indicia zu beweisen, bei der Frage nach der Bedeutung und dem Umfang eines Rechtsgeschäfts muß doch das Rechtsgeschäft

---

[5]) Cfr. auch §. 18.

selbst erst zur Gewißheit gebracht sein. Daß namentlich da, wo es sich um die Beurtheilung des Willens der Privatpersonen, um die Interpretation der Rechtsgeschäfte handelt, dem Richter eine größere Freiheit eingeräumt ist, werden wir in der Folge sehen. Mag man diese Annahme des Richters nach den concreten Umständen, die durch die Verhältnisse unterstützte Geneigtheit eine Behauptung für wahr zu halten, Vermuthung nennen, sie ist es nicht mehr und nicht weniger als die Annahme einfacher Thatsachen auf Grund legal geführten Beweises.

## II. Einfluß der Präsumtion i. w. S. auf die Bestimmung der Beweislast.

### §. 18.

a. Die zweite Frage über den Zusammenhang der Präsumtion mit dem Beweis, deren Beantwortung wir uns jetzt zuzuwenden haben, ist: ob der Präsumtion in Bezug auf die Bestimmung der Beweislast eine Bedeutung zukomme, und sie zerfällt wieder in die zwei Fragen: ob sich die principale Bestimmung der Beweislast nach Präsumtionen richtet, und ob von den feststehenden Beweisregeln eine Ausnahme infolge von Präsumtionen gemacht werden kann.

b. Es gab eine Zeit, wo man den Präsumtionen nicht blos die heutzutage für sie in Anspruch genommene Bedeutung, eine Ausnahme von den sonst über Beweislast geltenden Grundsätzen zu machen, beilegte, sondern wo man die Präsumtionen als das die ganze Frage vom onus probandi principaliter Normirende ansah, indem man sagte: derjenige muß beweisen, gegen den eine Präsumtion streitet. So sagt Schneider[1]), — der freilich nach der Vorrede pg. V. vergl. mit pg. 404. die Lehre nicht doctrinal, sondern legislatorisch bearbeitet hat — es könne nur einem von beiden Theilen in Ansehung desselben Thatsatzes oder des ihm entgegengesetzten die Last der Beweisführung aufliegen, und sie liege demjenigen auf, der die rechtliche Vermuthung gegen sich habe; und Grolmann[2]) stellt, und zwar als positiv geltend, dieselbe Regel auf. Die nothwendige Folge dieser Auffassung, die

---

1) Vollständ. Lehre vom rechtl. Beweis 1803. §. 4.

2) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 81. a. und b.

sich schon bei den Glossatoren findet und für die man sich wenigstens scheinbar anf die l. 25. pr. de prob. — praesumtionem pro eo esse qui accepit — — et ideo eum qui dicit indebitas solvisse compelli ad probationes — stützen könnte, war, daß man überall da, wo in den Quellen eine Bestimmung über die Beweislast in einem concreten Fall enthalten ist, eine Präsumtion für das Gegentheil dessen, was danach zu beweisen war, annahm. Statt zu sagen: Alles, was präsumirt wird, braucht nicht bewiesen zu werden, kehrte man das Verhältniß um und stellte den Satz auf: Alles, was nicht bewiesen zu werden braucht, wird präsumirt; statt in dem Fall, wo eine Vermuthung nicht stattfand für eine bestimmte Thatsache, das Nichtstattfinden der Vermuthung anzuerkennen, schuf man eine positive Vermuthung für das Gegentheil. War z. E. ausgesprochen, daß die Veränderung eines einmal in die Außenwelt eingetretenen Willens bewiesen werden müsse (l. 22. h. t.), so machte man daraus die Regel: mutatio non praesumitur, und verstand dies so, als wäre gesagt: die Nichtveränderung wird präsumirt und braucht nicht bewiesen zu werden. Es konnte nicht ausbleiben, daß man alle Thatsachen, die überhaupt im Proceß vorkommen können, in die beiden Classen brachte: solche, die präsumirt werden, und solche, die bewiesen werden müssen, d. h. die nicht präsumirt werden; aber eine Präsumtion lag doch in jedem Falle vor, entweder für eine Thatsache, dann braucht diese nicht bewiesen zu werden, oder gegen dieselbe, bezüglich für ihr Gegentheil, dann mußte sie eben deßhalb bewiesen werden. Diese Consequenz wird auch von Grolmann ausdrücklich gezogen, indem er a. a. O. sagt: „die rechtlichen Vermuthungen sind in unsern positiven Gesetzen keineswegs vollständig aufgezählt und können es nicht sein, weil überall, wo dem einen Theil ein Beweis auferlegt wird, für die Behauptung des andern eine Rechtsvermuthung, welche den Grund, warum jenem der Beweis auferlegt wurde, enthält, streiten muß, und es daher der Rechtsvermuthungen im Grunde so viel geben muß, als Thatsachen gedacht werden können [3]). — Daß diese Präsumtions-

[3]) Cfr. auch Lucas de Penna ad l. un. C. de praec. sacri pub. 12. 5, der hundert Fälle aufstellt, in quibus aliquid non praesumitur und dazu am Rand bemerkt: Praesumtio cessat in centum casibus, gleich als ob in allen andern Fällen präsumirt würde. — Nach Alciat's

theorie die Ursache der Unzahl von Präsumtionen ist, welche in dickleibigen Folianten nicht zur Genüge erschöpfend aufgezählt und unter die wenigen allgemeinen Regeln, die man endlich doch zur Bewältigung der ungeordneten Masse aufzustellen für nöthig hielt, nicht untergebracht werden konnten, liegt auf der Hand, und man wird ihr auch nicht Unrecht thun, wenn man auf sie hauptsächlich den Ursprung einer besondern Lehre von der Collision der Vermuthungen zurückführt. Die Unrichtigkeit dieser Theorie hat Weber in einer Weise nachgewiesen, daß von ihr nichts übrig geblieben sein sollte, als der Name. Sie kann auch der Hauptsache nach als überwunden betrachtet werden, aber einzelne Consequenzen jener falschen Anschauung haben sich doch bis auf den heutigen Tag erhalten, indem Manches, was lediglich Ausfluß der richtig verstandenen Beweislastregeln ist, auf Präsumtionen zurückgeführt wird.

Welches aber sind die richtigen Beweislastregeln? Diese Frage ist natürlich nach unserem heutigen gemeinen Recht zu beantworten, und in diesem ist die Grundlage für diese Lehre das römische Recht. Nur des Gegensatzes wegen und um zu zeigen, daß man bei der Beantwortung der Frage nach den Beweisregeln auch von einem andern Standpunct ausgehen kann, als es im römischen Recht geschehen ist, sollen hier die Grundsätze des ältern deutschen Rechts kurz berührt werden, wobei ich mich lediglich der Darstellung Planck's[4]) anschließe.

Auffassung ist gleichfalls kein Rechtsstreit denkbar ohne Präsumtion. Er sagt nämlich (Reg. III. pr. 16.), in his quae dependent ab animo solle dem Eid des Versichernden geglaubt werden, z. E. bei bona fides. Nach Manchen solle dies zwar nur dann gelten, wenn keine praesumtio iuris entgegenstehe; es sei das aber falsch, indem dann der Eid nie zugelassen werden könne, denn entweder spreche eine Präsumtion für den Kläger und übertrage das onus probandi auf Beklagten, und dann brauche Kläger nicht zu schwören, oder die Präsumtion sei für Beklagten, dann könne Kläger nicht zum Eid zugelassen werden. Cfr. auch Menoch de praes. I. qu. 77. 83.

[4]) Die Lehre vom Beweisurtheil 1848. Das Buch von Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes 1866, ist mir zu spät zugekommen, als daß ich es hätte berücksichtigen können. Der für uns wichtigste Satz desselben ist, daß im ältern deutschen Proceß das Gericht nach factischen Präsumtionen, nach Wahrscheinlichkeitsgründen, und zwar zugleich über Recht und Beweis

Der Umstand, daß die Stellung der Parteien zum Gericht im ältern deutschen Proceß eine ganz andere ist, als im römischen Recht, daß sie nämlich nicht wie hier dem Richter, als einer staatlichen Behörde, als dem Organ der Staatsgewalt, welches im Namen des Staates Recht spricht, untergeordnet sind, sondern daß sie der Gerichtsversammlung als gleichberechtigte Genossen gegenüberstehn, begründet nothwendig eine Verschiedenheit im Beweise. Die Partei verlangt nur Anerkennung der von ihr über das Rechtsverhältniß aufgestellten Ansicht durch das Gericht, sie will ausgesprochen haben, daß ihre Ansicht die mit dem Recht übereinstimmende sei. Sie hat das Recht zu verlangen, daß das Gericht ihrer Versicherung über die factischen Verhältnisse Glauben schenke und daß es diese ihre Versicherung, nicht aber seine eigene Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der vorgebrachten Behauptungen zur Grundlage seiner Entscheidung mache. Es brauchten daher nicht materielle Beweismittel angegeben zu werden, sondern das Hauptbeweismittel war der Eid, den die Partei über die Wahrheit ihrer eigenen Behauptungen entweder allein oder unterstützt durch Eideshelfer schwor und der in der That nichts war als eine verstärkte Behauptung der Partei. Da diesem Parteieneid in der ältern Zeit nur zwei Beweismittel vorgingen, die leibliche Beweisung und das Gerichtszeugniß, also nur das Wissen des Gerichts auf Grund eigener Sinneswahrnehmung die Parteiversicherung als Beweisgrund ausschloß, von diesen beiden prävalirenden Beweismitteln aber nur selten Gebrauch gemacht

---

entschieden habe, nur mit dem Vorbehalt, daß die Partei, zu deren Gunsten entschieden wird, die formelle Beglaubigung ihrer Behauptungen beibringen werde. Das Beweisurtheil sei ein Urtheil nach Wahrscheinlichkeitsgründen gewesen, das Beweisverfahren nur eine formelle Beglaubigung dieser für die eine oder die andere Partei sprechenden Wahrscheinlichkeit, und daraus erkläre sich die Vertheilung des Beweisrechts in den einzelnen Fällen; das Urtheil habe ausgesprochen, daß die eine oder die andere Partei, mit Rücksicht auf die vorgebrachten Behauptungen, die zugestandenen oder notorischen Thatsachen und endlich die anzubietenden oder angebotenen Beweismittel, prima facie als diejenige zu betrachten sei, welcher das Recht zur Seite stehe. — Für unsere Darstellung des gemeinen Rechts ist, die Richtigkeit dieser Ansicht zugegeben, dadurch nichts geändert.

werden konnte, so ist natürlich, daß die wichtigste Frage des alten deutschen Processes die war, welche der Parteien diesen Beweis beizubringen habe und zwar, welche das Recht habe, ihre Behauptung durch Eid zu erhärten und zu verlangen, daß gerade ihrer eidlichen Versicherung geglaubt werde. Das Princip, nach dem sich diese Frage beantwortet, muß nothwendig ein anderes sein, als da, wo das Beweisen eine Last ist, wo man durch materielle Beweismittel die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit der vorgebrachten Behauptungen erbringen muß, wenn man mit einem Anspruch durchdringen will. Und so finden wir denn im deutschen Proceß, daß im Allgemeinen der Angegriffene „näher zum Beweise", speciell näher zum Eide ist. Der Angegriffene, nicht der Beklagte! Denn obwohl diese beiden Begriffe sich häufig decken, so werden dieselben doch nicht dadurch bestimmt, wer gerichtlich als Angreifer auftritt und als Beklagter belangt wird, sondern Angegriffener ist derjenige, der ein Gut zu verlieren im Begriff ist, also einmal allerdings der, dem gegenüber gerichtlich ein Anspruch erhoben wird, sodann aber der, welcher von einem sich selbst kein Recht Zuschreibenden doch in der Ausübung seines Rechts gehindert und insofern angegriffen wird und deßhalb in der Lage ist, sein Recht als Kläger gerichtlich geltend zu machen, wie z. E. in Processen über bewegliches und unbewegliches Gut, so oft der Beklagte kein eigenes Recht an der Sache, das er also zu verlieren im Begriff wäre, behauptet, sondern sich darauf beschränkt, das vom Kläger behauptete abzuleugnen. Ueber dieses Beweisrecht wurde nach Abwägung der beiderseitigen Behauptungen entschieden im Beweisurtheil, welches zugleich auch den Beweissatz, d. h. dasjenige, was die als zum Beweis berechtigte Partei durch den ihr gestatteten Beweis bewahrheiten sollte, festsetzte. Dieser Beweissatz war aber regelmäßig eben nur die Versicherung der Partei, die zum Beweis zugelassen war, es fanden keine subtilen Untersuchungen statt über das, was Kläger und was Beklagter zu beweisen habe, sondern es ging die Frage nach dem Beweisthema unter in der nach dem Beweisrecht, und der Gegenstand, worauf sich der Beweis richtete, war das in Anspruch genommene Recht selbst im Ganzen, nicht, wie heut-

zutage die speciellen das Recht begründenden Thatsachen. — In der spätern Zeit änderte sich mit Aenderuug der Stellung der Parteien zum Gericht auch diese Beweistheorie. Seitdem das Gericht nicht mehr ein iudicium parium war, sondern eine Behörde, welche als Organ des Staates über den Parteien stand, mußte die formelle Parteiversicherung immer mehr in den Hintergrund treten und das Hauptgewicht auf die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit der vorgebrachten Behauptungen gelegt werden. Während früher der Eid das Hauptbeweismittel war, welches nur durch Berufung auf leibliche Beweisung und Gerichtszeugniß ausgeschlossen werden konnte, kann jetzt auch durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden, wodurch das Wissen des Gerichts erbracht wird, dieser Eid verhindert werden; der Eid kann durch Angabe materieller Beweismittel überboten werden, so daß es also der Gegner des eigentlich zum Eid Berechtigten in der Hand hat, ob es zum Eid kommen soll oder nicht, daß er also auch beim Mangel materieller Beweismittel den Berechtigten zum Eid provociren, zu Eides Hand legen kann, obgleich es einer solchen Aufforderung gar nicht bedarf. Das Verhältniß hat sich demnach jetzt umgekehrt: der Angreifer hat zu beweisen mit materiellen Beweismitteln, darf aber des Eides als Beweismittel sich bedienen insofern als er die Beibringung der erstern unterlassen und dadurch bewirken kann, daß für den Angegriffenen das ihm als solchem beim Mangel der Angabe materieller Beweismittel zustehende Recht zu schwören begründet wird. Es macht sich also jetzt schon der Begriff der Beweislast geltend, denn eine solche ist die Herbeischaffung der erforderlichen Beweismittel, ohne welche der Angegriffene eben zum Eid kommt.

Die Theorie des gemeinen Rechts hat sich nun vorzugsweise unter dem Einfluß der römisch-rechtlichen Grundsätze gebildet. Im römischen Recht war gleich von vornherein das Beweisen eine Last, weil hier die Rechtspflege in den Händen besondrer Behörden ruhte, bei denen als Repräsentanten der Staatsgewalt Hilfe und Schutz nachgesucht und deren Ueberzeugung von der Wahrheit der thatsächlichen Behauptungen zu diesem Zweck nothwendigerweise

erbracht werden mußte. Diese Last liegt im Allgemeinen dem Angreifer d. h. dem Kläger ob.

Das ist die Anschauung des römischen und unseres heutigen Rechts, eine Anschauung, die gewiß begründet ist. Es ließe sich wohl noch ein dritter Standpunct denken, „daß nämlich der Richter von beiden Theilen zugleich eine wahrhafte Darlegung der in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse und deren Beglaubigung durch Beweis fordern könnte, allein der Staat kann diese Forderung nicht als eine rechtliche aufstellen, er kann zwar allen Parteien freigeben, Beweise über das streitige Rechtsverhältniß beizubringen, aber fordern darf er sie nicht von allen zugleich, sondern nur von demjenigen, der ein subjectives Interesse an der Durchsetzung eines Rechtsanspruchs hat“ [5]). Es ist daher Kläger derjenige, dem zunächst allein die Beweislast obliegt. — Das römische Recht bietet uns in dieser Lehre einen verhältnißmäßig geringen Anhalt. Abgesehen von einzelnen Entscheidungen concreter Fälle finden wir bekanntlich nur zwei allgemeine auf die Beweislast bezügliche Sätze: Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit [6]) und: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat [7]), die man gewöhnlich kurz so faßt: actori incumbit probatio und affirmanti non neganti incumbit probatio. Unter ersterm verstand man, daß zunächst Kläger mit dem Beweis vorzugehn habe, daß aber, wenn er dieser Verpflichtung nachgekommen war und Beklagter Einreden gegen den klägerischen Anspruch vorgeschützt hatte, letzterer in dieser Beziehung dem Kläger gleichstehe (reus excipiendo fit actor) [8]) und ihm der Beweis der Einreden obliege; den zweiten verstand man früher wenigstens so, daß nur derjenige beweisen müsse, der eine Thatsache bejaht, nicht auch der, welcher eine Thatsache verneint, indem man sich darauf stützte, daß per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit, später faßte man das dicere und negare nicht als das Aufstellen affirmativer und negativer

---

[5]) Heffter in den Zus. zu Weber a. a. O. pag. 205 ff.

[6]) l. 21. h. t.

[7]) l. 2. h. t.

[8]) l. 1. de except. 44. 1.

Sätze auf, sondern das dicere wie intendere, das Geltendmachen eines rechtlichen Anspruchs, das negare als Bestreiten desselben. Jeder dieser Sätze hat seine Anhänger, die ihn als oberstes Princip für die Regulirung der Beweislast betrachtet wissen wollen und die Frage für und wider hat die Schriftsteller von der Glosse an bis auf die neueste Zeit beschäftigt [9]). Heutzutage ist die fast allgemein herrschende Ansicht, daß Kläger den Klagbeweis, Beklagter den Beweis seiner Einreden zu führen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Grundlage des Anspruchs eine positive oder negative Thatsache ist.

Aber das ist doch nur ein rein formeller Satz. Wer muß beweisen heißt doch nur: wer muß vorgehen mit dem Beweis. Die Regel ist ungenügend, wenn man nicht daneben bestimmt, worauf der Klag- und Einredebeweis sich zu richten hat, was das Thema des Beweises bildet. Für jene reicht allerdings der Satz actori incumbit probatio aus. Der Kläger ist derjenige, der zunächst ein Interesse daran hat, den Richter zu überzeugen; dieser glaubt ohne Beweis gar nichts, er greift in den Stand der Dinge nicht ein, wenn er nicht besondere Gründe hat, den bestehenden Zustand für nicht im Einklang mit den Anforderungen der Rechtsordnung stehend zu halten. Beklagter, der sich im Besitz befindet, hat natürlich keine Veranlassung dem Richter darzuthun, daß das Verhältniß, in dem er sich befindet, nicht dem Recht entsprechend sei, es ist das Interesse des Klägers, dies hinsichtlich des Beklagten nachzuweisen. Die bei weitem wichtigere Frage ist aber, *was* bewiesen werden muß; mit der Beantwortung dieser ist auch jene beantwortet. Weiß man z. E. daß zur Begründung der rei vindicatio nur die Entstehung des Eigenthums, nicht auch die Nichtwiederaufhebung desselben dargethan werden muß, so weiß man auch, daß Kläger es ist, der die Entstehung, Beklagter, der die Wiederaufhebung zu beweisen hat; wer etwas behauptet — und, worauf es ja allein ankommt, behaupten muß, um durchzudringen —, was eines Beweises bedarf, der muß auch beweisen.

---

[9]) Eine Uebersicht über den dogmengeschichtlichen Gang dieser Controverse findet sich bei *Bethmann-Hollweg*: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproc. pag. 325—331.

Betrachten wir mit Rücksicht auf diese Frage die Klage und die mögliche Vertheidigung des Beklagten dagegen. Der gerichtlich verfolgte Anspruch muß, wie schon oben erwähnt worden, rechtlich und factisch begründet sein. Jede Klage enthält, ausdrücklich oder stillschweigend, einen Syllogismus. Im Petitum macht Kläger immer ein concretes Recht, ein durch Thatsachen entstandenes specielles Rechtsverhältniß geltend; das Petitum ist das Ergebniß der Schlußfolgerung: unter gewissen Voraussetzungen steht mir nach den Bestimmungen des objectiven Rechts ein Anspruch zu, diese Voraussetzungen sind eingetreten, also habe ich einen Anspruch. Damit dieser Anspruch als begründet erscheine, müssen also die angeführten Thatsachen unter einen Rechtssatz sich subsumiren lassen; ob ein solcher Rechtssatz da ist, das unterliegt der Prüfung des Richters. Wenn nun die angeführten Thatsachen an sich schon genügend sind, um nach einem selbstständigen, speciellen Rechtssatz ein bestimmtes Recht, sozusagen ein concretes Rechtsgebilde, zur Entstehung zu bringen, so erkennt der Richter, wenn ihm die angeführten Thatsachen bewiesen sind, dieses Recht als existent an. Der specielle Rechtssatz lautet z. E.: wenn zwei Personen sich geeinigt haben über Waare und Preis, liegt ein Kauf vor, und daraus hat Verkäufer die, Käufer jene Rechte. Der Begriff des Kaufs liegt vor und das Recht des Verkäufers und Käufers ist vorhanden nach dem objectiven Recht, es ist ein concretes Recht existent geworden, wenn die den Begriff dieses speciellen Rechtsverhältnisses bildenden Thatsachen eingetreten sind. Zum Begriff „Kauf" gehört aber z. E. nicht, daß der Verkäufer nicht wahnsinnig oder nicht infans oder sonst nicht handlungsunfähig war. Handlungsfähigkeit ist allerdings die allgemeine Voraussetzung für jeden Erwerb und jede Verpflichtung durch Handlungen, aber der Rechtssatz lautet nicht: „ein Kauf ist abgeschlossen, wenn unter handlungsfähigen Personen ein Uebereinkommen über Waare und Preis stattgefunden hat", sondern Kauf ist Einigung über Waare und Preis, und diese Einigung hat Folgen, wenn nicht die juristische Bedeutung derselben aus irgend einem Grunde bestritten wird. Der in einem Testament Eingesetzte ist Erbe und hat damit das Recht, in universum ius defuncti zu succediren;

dieses Recht des Erbewerdens ist ein concret begründetes durch die Thatsache der Einsetzung und des Todes des Erblassers; das objective Recht verlangt für den speciellen Begriff „Erbe sein" weiter nichts als diese Thatsachen; ob der Erblasser und der Erbe testamenti factio haben, ist wohl von Wichtigkeit, hat aber auf diesen Begriff keinen Einfluß.

Kläger muß also — wir wollen dies vorläufig als richtig annehmen, ohne hier nach dem Grund zu forschen — diejenigen Thatsachen anführen und feststellen, welche den Begriff des geltend gemachten Rechts bilden, durch welche dieses specielle Recht als begründet erscheint, ein weiteres wird von ihm nicht verlangt. Welche Momente aber zum Begriff eines concreten Rechts gehören, das ist eine Frage, die sich nicht nach einem allgemeinen Princip, sondern nur aus der Natur der einzelnen Rechte beantworten läßt. So hat z. E. die Klage aus einem durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäft eine andere Gestalt als die aus einem eigenen Vertrag, die condictio sine causa oder causa data causa non secuta eine andere als die condictio mutui, die Klage aus einem bedingten Rechtsgeschäft eine andere als die aus einem unbedingten u. s. w. Wenn Kläger nun die Voraussetzungen eines concreten Rechts nachgewiesen hat, so verurtheilt der Richter den Beklagten, wenn derselbe nicht Thatsachen vorbringt, durch welche die sonst ohne Weiteres eintretenden Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses aufgehoben werden.

Die Vertheidigung des Beklagten kann sich daher auf ein Doppeltes richten:

1) Er leugnet entweder blos die factischen Voraussetzungen des Klagrechts, d. h. eben diejenigen, die zur Begründung dieses speciellen Rechtsbegriffs gehören. Hier gilt: affirmanti, non neganti incumbit probatio. Dem Beklagten, der diese Thatsachen einfach negirt, wird kein Beweis aufgebürdet, quia per rerum naturam factum negantis nulla probatio est, d. h. es wird von ihm kein Beweis verlangt, er siegt schon actore non probante. Der Grund ist derselbe, aus dem überhaupt Kläger mit dem Beweis vorgehen muß.

2) Oder er bestreitet das juristische Begründetsein der Klage, er leugnet das geltend gemachte Recht bezüglich die Befugniß des Klägers darauf hin ihm gegenüber zu erlangen, was er fordert, d. h. er leugnet entweder die Existenz oder die Wirksamkeit des Rechts, und das Leugnen der Existenz des Rechts ist wieder in doppelter Weise möglich, indem er entweder das Entstandensein oder das Nochbestehn des Rechts verneinen kann. Und auf dieses Bestreiten und Leugnen des Rechts darf man die Regel affirmanti, non neganti incumbit probatio nicht beziehen. Die Auffassung, derjenige, der ein Recht behauptet, müsse das Recht beweisen, derjenige, der das Recht leugnet, brauche nicht zu beweisen, wäre absolut falsch. — Dieses ganze Bestreiten des juristischen Begründetseins der Klage im Gegensatz zum Leugnen der factischen Voraussetzungen fällt unter den Begriff der Einreden i. w. S., der Einwendungen, durch welche Beklagter die Forderung des Klägers zurückweisen will, auch wenn die Klagthatsachen wahr seien, und hinsichtlich aller dieser Einwendungen muß er den Beweis übernehmen; unterläßt er dieses Bestreiten oder vermag er den ihm obliegenden Beweis nicht zu führen, so unterliegt er. Diese Einwendungen sind aber nach Obigem verschiedener Art: entweder wird eingewendet, das Recht sei gar nicht entstanden wegen des Vorhandenseins von Hindernissen, die gleich anfänglich der Entstehung im Weg gestanden haben (z. E. Einwendung der Handlungsunfähigkeit), oder das Recht sei, wenn auch entstanden, doch später wieder hinweggefallen infolge selbständiger Thatsachen, die einen zerstörenden Einfluß auf das Recht gehabt (z. E. Einwendung der Zahlung), oder endlich das Recht könne, wenn es auch entstanden sei und noch jetzt bestehe, doch nicht geltend gemacht werden, weil die Forderung des Klägers, daß Beklagter ihm verurtheilt werde wegen anderweiter entweder gleich anfänglich vorhandener (z. E. exceptio metus, exc. redhibitoria) oder später entstandener Thatsachen (z. E. exc. pacti de non petendo, exc. compensationis) eine ungerechtfertigte sei.

Langenbeck (a. a. O. 2. Abth., XI. Abschn. §. 5. ff.), bei dem ich die schon von Wetzell (a. a. O. §. 15. 16.) angedeutete Ansicht über das Princip, nach dem sich die Beweislast normirt und die auch ich hier als die m. E. einzig richtige vertrete, näher ausgeführt finde, schlägt für diese verschiedenen Arten der Einwendungen die Namen „verneinende, vernichtende und excipirende Einreden" vor, und ich trage kein Bedenken, diese Terminologie zu adoptiren. Die excipirenden Einreden sind die römischen exceptiones im technischen Sinn. Darüber, daß hinsichtlich ihrer dem Beklagten der Beweis obliege, ist nie Streit gewesen: reus excipiendo fit actor. In Bezug auf die vernichtenden Einreden ist gleichfalls nie an der Verpflichtung des Beklagten, den Beweis zu übernehmen, gezweifelt worden; auch von den verneinenden Einreden kann man im Allgemeinen das Gleiche sagen. Aber gerade in Bezug auf die Frage, nach welchem Princip es sich entscheide, ob etwas verneinende Einrede sei und warum hier, sowie hinsichtlich der vernichtenden Einreden den Beklagten die Beweislast treffe, gehen die Ansichten auseinander.

Man hat es in neuerer Zeit anerkannt, daß die Frage, wer beweisen muß, nur die allgemeine Frage danach sei, wer mit dem Beweis vorzugehen habe, und daß die eigentlich wichtige Frage die sei, was von jedem Theil bewiesen werden müsse. Indem man vom Beweis der Klage ausgeht, wird gewöhnlich diese Frage nach dem Gegenstand des Beweises dahin beantwortet, daß dasjenige, was zur Begründung des klagend geltend gemachten Anspruchs gehöre, aber auch nur das, bewiesen werden müsse, daß dem Kläger nur der Beweis der rechterzeugenden, nicht auch der der rechtvernichtenden Thatsachen obliege. Dieses Princip ist jedoch mangelhaft, indem damit noch gar nicht gesagt ist, welches denn die rechterzeugenden Thatsachen sind; so gehört z. E. die zur Ersitzung erforderliche bona fides zur Begründung der auf Usucapion sich stützenden Klage, wäre also hiernach rechterzeugende Thatsache und müßte vom Kläger bewiesen werden, und doch muß nach den Meisten vielmehr der Beweis der mala fides als einer rechthindernden Thatsache vom Beklagten erbracht werden. Und auch die Art und Weise, wie man diese Ansicht begründet, erscheint

mir nicht überall richtig und ausreichend. Ich will dies an den Ausführungen eines der tüchtigsten Vertreter jener Ansicht nachzuweisen suchen.

Reinhold (a. a. O. §. 7. ff.) gelangt auf folgendem Weg zu dem Resultat, daß das Nichtvorhandensein rechthindernder und rechtvernichtender Thatsachen, die er als gleichzeitig und nachfolgend rechtvernichtende bezeichnet, vom Kläger nicht bewiesen zu werden brauche. Juristische Thatsachen, d. h. Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, sind nach ihm näher solche, welche in Verbindung mit einem auf sie passenden Rechtssatz einen Schluß auf die Entstehung oder den Untergang eines Rechtsverhältnisses begründen. Ist ein Schluß auf das Entstandensein eines Rechtsverhältnisses einmal begründet, so muß dieser Schluß so lange anerkannt werden, als nicht ein neuer Umstand hinzutritt, der einen Schluß entgegengesetzter Art rechtfertigt und dadurch jenen frühern Schluß beseitigt; eine rechterzeugende Thatsache begründet daher nicht nur einen Schluß auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, sondern auch auf dessen Fortdauer bis zum Eintritt einer rechtvernichtenden Thatsache. Da aber die rechterzeugende Thatsache immer nur einen Schluß auf die Existenz des Rechtsverhältnisses gestattet, so hat eine solche Thatsache in der Wirklichkeit nicht immer die Existenz eines Rechtsverhältnisses zur Folge, nämlich dann nicht, wenn gleich anfangs Umstände vorhanden sind, welche den Schluß wieder aufheben und das Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses vereiteln. Diese gleichzeitige Aufhebung umfaßt aber alle Fälle, wo die regelmäßigen Wirkungen einer rechterzeugenden Thatsache wegfallen, und zwar ist die Regel der allgemeinere, die Ausnahme der speciellere Rechtssatz, der die Anwendung des allgemeineren ausschließt. Darauf hin werden dann die beiden Hauptregeln aufgestellt: Kläger braucht das Fortbestehn des Rechtsverhältnisses nicht zu beweisen, indem die rechterzeugende Thatsache zum Schluß berechtigt auf die Entstehung sowie auf die Fortdauer bis zum Eintritt einer rechtvernichtenden Thatsache, welche der Beklagte zu beweisen hat, und: Kläger braucht nicht zu beweisen, daß ein giltiges und wirksames Rechtsverhältniß entstanden

ist; daß eine gleichzeitige rechtvernichtende Thatsache vorgelegen habe, wozu alle Umstände gehören, durch welche eine gesetzliche Ausnahme von der für den Kläger sprechenden allgemeinen Rechtsregel begründet wird, muß vom Beklagten bewiesen werden. —

Ich kann aber auch diese Begründung, so viel annehmbares sie auf den ersten Blick hat, nicht als richtig anerkennen. Der Schluß aus einer Thatsache auf das Entstandensein eines Rechts berechtigt nicht ohne Weiteres zum Schluß auf die gegenwärtige Fortdauer. Der Grund, warum nur die Entstehung zu beweisen ist, ist damit nicht angegeben. Noch weniger kann man es billigen, wenn der Satz, daß Beklagter die gleichzeitig rechtvernichtenden, die rechthindernden Thatsachen zu beweisen habe, auf das Verhältniß von Regel und Ausnahme, von allgemeiner und specieller Rechtsregel gestützt wird. In wiefern ist die Regel, daß durch die Willenseinigung zweier Contrahenten über Waare und Preis das Rechtsverhältniß des Kaufs mit der Verbindlichkeit zur Tradition der Sache und zur Zahlung des Kaufpreises entsteht, allgemeiner als die, daß ein giltiger und wirksamer Kauf nicht vorliegt, wenn jeder der Contrahenten an ein anderes Object gedacht hat? Muß Beklagter, gegen den der Kläger auf Grund des äußerlich zu Stande gekommenen Kaufs einen Anspruch erhebt, deßhalb den Beweis des Irrthums übernehmen, weil er sich auf eine Ausnahme, auf die speciellere Rechtsregel beruft? oder den Beweis der absichtlichen Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung, den Beweis der Simulation u. s. w., weil die Rechtsregel hierüber eine speciellere ist?

Wir müssen also ein anderes Princip zu finden suchen. Der Inhalt des zwischen den Parteien entstandenen Streits ist stets ein Recht, ein Rechtsverhältniß. Das Recht ist aber ein Begriff, etwas Ideales, welches sich der sinnlichen Wahrnehmung entzieht. Eigenthum ist die totale rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache. Dieser Begriff *kann* gar nicht bewiesen werden, es ist nur möglich, die Thatsachen darzulegen, mit welchen das objective Recht eine subjective Befugniß z. E. die totale rechtliche Herrschaft verbindet, er läßt sich nur folgern. Der Beweis kann daher stets nur auf die äußere Erscheinung gerichtet sein, mit der die rechtliche Wirkung verknüpft ist, auf die thatsächlichen Voraussetzungen,

unter welchen das objective Recht ein Rechtsverhältniß annimmt. Nur die Thatsachen, wodurch ein Recht entsteht, untergeht, modificirt wird, lassen überhaupt einen Beweis zu, das Urtheil von den Thatsachen auf das Recht ist eine innere geistige Operation des Richters. Wir finden also schon hier, daß nur das Aeußere, nur die äußere Thatsache bewiesen werden muß, weil dies in der That allein bewiesen werden, weil ein Begriff, ein sinnlich nicht wahrnehmbares, ideales Verhältniß nicht Gegenstand des Beweises sein kann. Diese Nothwendigkeit, den Beweis auf äußere Thatsachen zu richten, existirt nun keineswegs blos unmittelbar bei Rechten, sondern wenn die juristische Thatsache selbst, auf welche ein Recht gestützt wird, idealer Natur und nicht sinnlich wahrnehmbar, sondern nur durch geistige Operation zu ergründen ist, so kann wieder nicht die juristische Thatsache selbst direct bewiesen, sondern es können nur die äußern Thatsachen, welche diesen Begriff bilden, angeführt werden und es muß der Prüfung des Richters überlassen bleiben, ob er daraus die Existenz der idealen Thatsache entnimmt. Eine solche Thatsache ist z. E. culpa. Den Beweis, daß sich Jemand einer culpa schuldig gemacht habe, kann man nur dadurch führen, daß man äußere Umstände beibringt, die dem Benehmen des Betreffenden nach der gewöhnlichen und rechtlichen Anschauung den Character einer fahrlässigen Handlung geben.[10])

---

[10]) Cfr. §. 17. bei N. 3. und unten §. 26. (cap. 3. X. depos.) cfr. auch l. 5. C. de iniur. 9. 35. Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit; bei einer an sich als injuriös erscheinenden Aeußerung braucht der animus iniuriandi, das consilium convicii nicht noch besonders bewiesen zu werden. — Die Voraussetzung für die Anstellung der actio Pauliana ist der animus fraudandi. In fraudem autem creditorum manumittere videtur qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse §. 3. I. qui et quib. ex caus. manum. non lic. 1. 6. (cfr. auch l. 57. de manum. test. 40. 4.) Es ist zwar immer noch möglich, daß der Schuldner die Freilassungen nicht animo fraudandi vorgenommen hat, saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines; aber ein besonderer Beweis des animus fraudandi Seitens der Gläubiger ist hier nicht erforderlich, wie dies für den Fall, wenn Jemand Gläubiger hat und sein ganzes Vermögen einem Andern übergiebt, klar ausgesprochen ist in l. 17. §. 1. quae in fraud.

Also nicht das Recht selbst ist zu beweisen, sondern nur Thatsachen, und von diesen wieder nur diejenigen, die sinnlich wahrnehmbar sind, mithin die äußere Erscheinung. Nun könnte man sagen, es sei allerdings richtig, daß nur die äußeren Thatsachen bewiesen zu werden brauchten, aber da Kläger ein gegenwärtiges Recht in Anspruch nehme, so müßten doch jedenfalls solche Thatsachen bewiesen werden, welche das Recht als ein gegenwärtig existirendes darstellen; daher habe Kläger nicht blos die Entstehungsgründe, sondern auch das gegenwärtige Bestehn, also das Nichtaufgehobensein des früher entstandenen Rechts zu beweisen. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man sich auf die Fassung des Klaganspruchs zur Zeit der legis actiones und auf den Inhalt der formula berufen. Wenn dort ausgesprochen wurde: hanc rem meam esse aio, und hier die Anweisung an den Richter, den Beklagten zu verurtheilen, auf die Bedingung gestellt war: S. P. rem A[i] A[i] esse, oder N[m] N[m] dare facere oportere, mußte da nicht Kläger in der That darthun, daß er jetzt Eigenthümer, daß ihm Beklagter jetzt noch verpflichtet sei? Es ist jedoch der Umstand, daß die actio bezüglich formula auf das gegenwärtige Recht des Klägers gestellt war, hinsichtlich der Frage

cred. 42. 8: — quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen quia creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse. Von einer praesumtio doli, fraudis etc. zu sprechen ist man daher nicht berechtigt, wenigstens nicht in dem Sinn, daß eine derartige Präsumtion als Rechtssatz bestehe. Ebensowenig ist es gerechtfertigt, wenn man sagt, der factische Irrthum werde als entschuldbar präsumirt; vielmehr hat der Richter nach den Umständen des concreten Falls zu entscheiden, ob der Irrthum ein entschuldbarer war oder nicht. Einen allgemeinen Rechtssatz, daß der factische Irrthum ein entschuldbarer sei, giebt es nicht, sondern derjenige, der auf den Irrthum einen Anspruch stützt, muß, da der unentschuldbare Irrthum keine Berücksichtigung findet, an sich die Entschuldbarkeit des Irrens nachweisen; er muß dem Richter die Anhaltpuncte für Beurtheilung dieser Frage geben; aus den äußern Umständen entnimmt dann der Richter, ob der Irrthum in diesem Fall entschuldbar war, indem er sich die Frage stellt, ob nach den vorgetragenen Thatsachen und Verhältnissen der Kläger wirklich in diesem Irrthum befangen sein konnte, ohne daß ihn der Vorwurf des Leichtsinns und der Gedankenlosigkeit trifft.

nach dem Beweis ohne Einfluß. Der Richter hat nur das Endresultat der Beweisführung in's Auge zu fassen: hat sich herausgestellt, daß Kläger berechtigt sei, dann erfolgt Verurtheilung; wenn nicht, Freisprechung. In welcher Weise sich aber die Last des Beweises vertheilt, was zu dem Si paret gehört, ist damit nicht ausgesprochen; in der Fassung der Formula auf das gegenwärtige Bestehn des Rechts lag nur die Anweisung an den iudex, die etwaigen Erlöschungsgründe zu berücksichtigen, ohne daß er dazu durch eine besondere exceptio von dem Condemnationsbefehl autorisirt zu sein brauchte, nicht aber der Befehl, vom Kläger den Beweis des gegenwärtigen Bestehns zu verlangen. Und so findet sich in vielen Stellen unsrer Rechtsquellen ohne alles Bedenken anerkannt, daß Beklagter es sei, der die geschehne solutio, nicht Kläger, der die Nichtsolution zu beweisen habe [11]), ein Satz der auch ohne weitere ausdrückliche Anerkennung hinsichtlich aller vernichtenden Einreden gelten muß.

Welches ist aber der Grund, warum Kläger vom Beweis des gegenwärtigen Bestehns seines Rechts befreit ist? Das ist zunächst die Nothwendigkeit, ein Grund, der schon bewirkte, daß nicht das Rechtsverhältniß selbst, sondern nur die äußeren Thatsachen bewiesen zu werden brauchen. Das gegenwärtige Bestehn eines Rechts ist eben nicht an äußere sinnlich wahrnehmbare Thatsachen geknüpft. Wenn Jemand mit der rei vindicatio sein Eigenthum geltend macht, welche Thatsachen soll er anführen, um diesen Begriff als vorhanden, um sein Eigenthum als ein gegenwärtiges erkennbar zu machen? Die einzige Möglichkeit wäre, den Besitz als die factische Ausübung des Eigenthums nachzuweisen; das würde aber nicht genügen, um den Beweis des Eigenthums zu erbringen, denn nihil commune habet proprietas cum possessione; factische Ausübung des Rechts und das Recht selbst können getrennt sein, es ist also kein Schluß zulässig von jener auf dieses. Und gerade in dem Fall, wo man hauptsächlich in der Lage ist, sein Eigenthum gerichtlich geltend zu machen, bei Vorenthaltung des Besitzes, würde man hilflos sein. Und was sollte man in den Fällen thun, wo, wie

---

[11]) cfr. z. E. l. 1. C. h. t. 4. 19.

bei Obligationen Ausübung des Rechts und Erlöschen desselben zusammenfallen, wo es also während der Existenz des Rechts eine Ausübung nicht giebt? Da man so wenig wie den Begriff des Rechts überhaupt so wenig auch das gegenwärtige Sein dieses Begriffs beweisen kann, sondern stets nur die Voraussetzungen, an welche dieser Begriff geknüpft ist, die Thatsachen, mit welchen das objective Recht diesen Begriff entstehen läßt, so kann man eben immer nur die Thatsachen des Erwerbs darthun, und man würde, wenn man den Beweis des Rechts als eines gegenwärtigen verlangen wollte, dazu kommen, das Erforderniß aufzustellen, daß man jeden Augenblick neu erwerben müsse, um das Recht als ein gegenwärtiges in Anspruch nehmen zu können. Es ist daher nothwendig, daß Kläger nur den Beweis der Entstehung, nicht den Beweis der Fortdauer und des Nochbestehns seines Rechts zu führen habe und der Beklagte hingegen den Beweis, das Recht existire, trotzdem daß es entstanden sei, jetzt nicht mehr, weil es durch spätere Thatsachen aufgehoben sei.

Man könnte nun geneigt sein zuzugeben, der directe Beweis der gegenwärtigen Existenz des geltend gemachten Rechtes sei wegen der idealen Natur eines jeden Rechts allerdings unmöglich, aber doch die Forderung aufstellen, daß Kläger diesen Beweis auf indirectem Wege führe, nämlich durch den Nachweis, daß keiner derjenigen Gründe eingetreten sei, mit deren Vorhandensein nach rechtlicher Bestimmung der Untergang des Rechts erfolge. Eine solche Forderung wäre aber geradezu exorbitant; schon aus practischen Utilitätsrücksichten kann man dem Kläger nicht den Beweis des Nichtvorhandenseins aller nur irgend denkbaren Tilgungsgründe aufbürden. Wollte man dieses Erforderniß aufstellen, so würde der dem Verletzten bezüglich Berechtigten vom Staat zugesicherte Schutz ebenso zur Chimäre werden, wie wenn man das Erbringen absoluter Gewißheit von ihm verlangen wollte. Wie daher das Recht aus Billigkeitsrücksichten sich im Proceß mit blos juristischer Gewißheit begnügt und dies darum nicht unbillig ist, weil dem Beklagten der Gegenbeweis nach gleichen Regeln freisteht, so walten bei der Frage, was zu beweisen ist, gleiche dem Beklagten hinsichtlich seiner wahren Einreden nicht weniger als dem Kläger

hinsichtlich der Klage zu gute kommende Billigkeitsrücksichten ob, indem man dem Kläger blos den Beweis derjenigen Thatsachen aufbürdet, die das geltend gemachte Recht zur Entstehung zu bringen geeignet sind, dem Beklagten aber den Nachweis überläßt, daß das Recht später durch andere Thatsachen wieder aufgehoben sei. Für jene Auffassung hat man sich auf l. 12. h. t. berufen, wegen der darin enthaltenen Worte: prima fronte aequius videtur ut petitor probet quod intendit, sed interdum (alias: nimirum) probationes quaedam et a reo exiguntur; nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Gewisse Beweise werden vom Beklagten gefordert, d. h. Manches, was als Inhalt der Intentio erscheint, braucht doch nicht vom Kläger bewiesen zu werden. Man kann daher — wie dies auch von Einigen geschehen ist[12]) — die Vertheilung dessen, was von beiden Parteien bewiesen werden muß, die Beweispflicht des Klägers hinsichtlich der sein Recht zur Entstehung bringenden Thatsachen, die Beweispflicht des Beklagten hinsichtlich der vernichtenden Einreden d. h. der Thatsachen, die das allerdings entstandene Recht nachträglich wieder aufheben, wodurch also das Recht des Klägers als ein vergangenes dargestellt wird, auf Rücksichten der Aequität und Utilität zurückführen.

Aber das Princip, welches dieser Vertheilung der Beweislast zu Grunde liegt, ist ein tieferes. Außer der Nothwendigkeit, wegen deren vom Kläger der Beweis der sogenannten nachträglich rechtvernichtenden Thatsachen nicht verlangt wird, diese vielmehr als vernichtende Einreden den Gegenstand des beklagtischen Beweises bilden, liegt noch ein anderer Grund für die Beweisfreiheit des Klägers hinsichtlich dieser Thatsachen vor. Es ist dies ein Grund, der im Wesen eines jeden Rechts wurzelt. Wie ein objectiver Rechtssatz, einmal entstanden, vermöge der ihm innewohnenden Kraft fortdauert, bis eine gleiche ihm entgegentretende Kraft ihn aufhebt, so bedarf das einmal existent gewordene subjective Recht für seine Fortdauer keiner besondern Voraussetzungen, es hat eine Lebenskraft in sich, eine ideale von äußern Bedingungen un=

[12]) Cfr. z. E. Unger a. a. O. Bd. II. pag. 451. N. 11.

abhängige Fortdauer; dieses ideale Individuum hört, einmal entstanden, einmal concret geworden, nie wieder auf, wenn ihm nicht gleich bei seiner Entstehung eine Grenze gesetzt ist oder spätere selbständige Ereignisse sein Dasein vernichten. Was einmal rechtlich existirt, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm die Berechtigung zu existiren bestritten, bis diese Existenz vernichtet wird. Diese Existenz zu vernichten ist Sache des Beklagten. Da sich das Recht sozusagen selbst erhält, braucht Kläger nicht den Nachweis zu liefern, daß es sich erhalten habe.

Die Bestätigung dieses Princips finden wir an zahlreichen Beispielen der Quellen, wenn sie uns auch zunächst nur den Beleg für die Richtigkeit des Resultats, daß dem Beklagten der Beweis der vernichtenden Einreden obliegt, geben. Es wird genügen, einige dieser Beispiele anzuführen.

l. 1. C. h. t. 4. 19. Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet. Cfr. auch l. ult. C. de solut. 8. 43.

Beklagter ist hinsichtlich der Behauptung der Aufhebung des Forderungsrechts dem Kläger hinsichtlich des Beweises der Entstehung ganz gleichgestellt.

l. 23. de R. V. In rem actio competit ei, qui — dominium acquisivit.

Es wird also nur auf die Entstehung gesehen. Ebenso ist in

l. 16. C. h. t. — unde domini facti sunt, docere compelluntur

der Beweis auf den Erwerbsgrund in der Vergangenheit gestellt, was l. 12. C. eod. näher dahin angiebt:

factam emtionem et in vacuam possessionem inductum — pretiumque numeratum — docere debes.

Nach l. 23. h. t. ist vor Allem der Beweis der Entstehung des Pfandrechts zu erbringen; vom Beweis des Nochbestehens ist keine Rede, obgleich hier — die Stelle ist von Marcianus libro singul. ad formul. hypoth. — ganz ex professo die Frage nach dem Beweis der actio hypothecaria erörtert wird.

Dieses Princip liegt aber auch häufig der Entscheidung anderer Fälle zu Grunde, wo die Frage nach Entstehung und Aufhebung des Rechts nicht so klar hervortritt, und man, wenn man nicht dasselbe als entscheidend annähme, oft vergeblich nach dem Grund der positiven Bestimmung fragen würde; in manchen Fällen, wo es an einer positiven speciellen Normirung der Beweislast fehlt, würden wir schwanken, wem der Beweis aufzulegen sei, während mit diesem Princip die Frage sich einfach beantwortet. — So ist der wahre Grund der in der oben §. 12 wegen ihrer unrichtigen Motivirung erwähnten l. 8. h. t. getroffenen Entscheidung, daß der Sohn gegenüber dem Vater den Beweis, er sei nicht filiusfamilias, führen muß, nicht der dort angegebene, die pietas patri debita, sondern vielmehr der: der in gesetzlicher Ehe geborene Sohn ist filiusfamilias, der Vater hat ihm gegenüber gewisse Rechte; die Aufhebung dieses mit der Geburt in der Ehe einmal entstandenen Rechtsverhältnisses und damit der daraus hervorgehenden Rechte muß der Sohn beweisen, weil ohne einen besondern Aufhebungsgrund das existent gewordene Recht fortdauert. — Wenn es sich darum handelt, ob Jemand Sclave oder frei ist, so entscheidet darüber, wer mit dem Beweis vorzugehen hat, zunächst der alte Zustand, die quasi possessio; wird Jemand als Sclave in Anspruch genommen, der sich bis dahin als freier Mensch gerirt hat, so muß seine Eigenschaft als Sclave bewiesen werden; ist aber nachgewiesen, daß er von einer Sclavin geboren ist, so steht jetzt diese seine Eigenschaft als Sclave fest und der Quasibesitz kann ihm nichts mehr nützen. Dieses jetzt einmal als existent bewiesene Verhältniß der Sclaverei muß erst aufgehoben sein durch eine andere Thatsache, durch Freilassung, diese muß Beklagter beweisen. Oder wenn umgekehrt Jemand, der als Sclave gehalten worden ist, plötzlich in libertatem proclamirt, so kann sein bisheriger Herr ruhig den Angriff erwarten (ist der Sclave etwa geflohen und so in den Quasibesitz der Freiheit gekommen, so ist das eine vitiosa possessio, die ihm nichts nützt); beweist der Kläger, daß er von einer freien Mutter geboren sei, so existirt er nun als frei, bis von der andern Seite nachgewiesen wird, daß diese Freiheit später wieder aufgehoben worden ist.

(l. 15. 17. C. h. t. Nov. 90. cap. 6. cfr. auch l. 6. C. qui milit. poss. 12. 34.). — So entscheidet sich die Frage, ob die beklagten testamentarischen Erben gegenüber den klagenden Notherben deren ingratitudo bezüglich die Wahrheit des angegebenen gesetzlichen Enterbungsgrundes oder ob die Kläger das Gegentheil beweisen müssen, sowie die Frage, ob der das beneficium abstinendi geltend machende suus den Beweis der Nichtimmixtion oder sein Gegner den Beweis des Immiscirens zu erbringen hat, nach diesem Princip. Für den ersten Fall haben wir die positive Entscheidung (Nov. 115. cap. 3. nisi forsan probabuntur ingrati; l. 30. C. de inoff. test. 3. 28: si tamen non ingrati legitimis probationibus arguantur) und sie gründet sich m. E. lediglich auf diesen Grundsatz. Ascendenten und Descendenten haben, bevor noch ein Testament zur Existenz kommt, ein Recht auf die Ehre der Erbeinsetzung, wenn nicht ein gesetzlicher Enterbungsgrund gegen sie vorliegt, und ein Recht auf den Pflichttheil, wenn nicht wegen ihrer Undankbarkeit das Testament als nichtinofficios erscheint; das Recht hat aber jedenfalls, gleich bei der Geburt der Descendenten, existirt, es kann nur durch eine besondere Thatsache wieder vernichtet werden, daher müssen die beklagten eingesetzten Erben die Wahrheit des Enterbungsgrundes, das Vorliegen der angeblichen ingratitudo beweisen. Für den andern Fall fehlt es an einer solchen Entscheidung und es herrscht über die Frage Streit, ob vom suus Nichtimmixtion oder vom Gegner Immixtion bewiesen werden müsse. Ich trage kein Bedenken, mich der letztern Ansicht anzuschließen und zwar lediglich auf Grund unseres obigen Princips: das Recht der Abstinenz ist begründet mit dem Verhältniß des Erben als suus, dieses existente Recht kann nur aufgehoben werden durch die besondere Thatsache der Immixtion. Man könnte dem entgegenhalten, die Rechtswohlthat sei abhängig vom Nichtimmisciren, es sei das eine negative Bedingung der Entstehung seines Rechts und er müsse daher die Erfüllung derselben beweisen. Das ist aber in der That nicht der Fall. Die Eigenschaft als suus heres, also dieselbe, die ihn ipso iure zum Erben macht, giebt ihm auch das Recht der Abstinenz; das Recht ist also zur Existenz gekommen, es kann zu existiren

aufhören nur infolge einer neuen selbständigen Thatsache, der Immixtion.

Sollte noch ein Zweifel sein an der Richtigkeit dieser Auffassung, so wird dieser Zweifel schwinden, wenn wir sehen, daß die Römer noch weiter gegangen sind, daß sie zu dem Gebiet der vernichtenden Einreden, der vom Beklagten zu beweisenden rechtvernichtenden Thatsachen, auch die Fälle zählen, wo Beklagter die Vernichtung eines gar nicht zur Vollexistenz gekommenen Rechts behauptet, wo ein Recht nur dem Keime nach vorhanden ist, wo zur eigentlichen wahren Existenz des Rechts noch ein anderer Umstand kommen muß, wo aber dieser Keim eines Rechts sich infolge der auch ihm innewohnenden Kraft zum Vollrecht entwickelt haben würde, wenn dieser Entwickelung nicht ein äußerer Umstand hindernd in den Weg getreten wäre. Das keimende Recht wird als zu existiren berechtigt anerkannt und hat eine gleiche ideale Fortdauer, wenn es nicht in dieser Entwickelung vernichtet wird, und diese Vernichtung des Rechts in seinem Keime nachzuweisen, ist Sache desjenigen, gegen den das Recht als ein vollendet gewordenes geltend gemacht wird. Dieser Gedanke ist von den römischen Juristen durchgeführt worden bei den auf einem einseitigen Willensact beruhenden letztwilligen Dispositionen. Das Recht des Legatars, die ihm vermachte Sache vom Erben zu fordern, ist allerdings vollexistent erst mit dem Tod des Erblassers und stets abhängig davon, daß der Wille des Erblassers, der eine ultima voluntas sein muß, bis zu seinem Tode unverändert derselbe geblieben ist; aber doch braucht der Legatar, wenn er nach dem Tod des Erblassers auf Auszahlung des Legats klagt, nicht den Nachweis zu führen, daß der Erblasser bis zu seinem Tod bei diesem Willen beharrt hat und daß die Disposition nicht verändert worden ist, sondern der Erbe, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debet (l. 22. h. t.). Dieser in l. 22. cit. allgemein ausgesprochene Satz: eum, qui voluntatem etc., der sich in dieser allgemeinen Fassung auch auf die Aufhebung eines vollexistenten vertragsmäßigen Forderungsrechts durch contrarius consensus beziehen könnte, wird in Bezug auf Legate an verschiedenen Stellen ausdrücklich anerkannt.

l. 22. fi. de leg. II. — — onus probandi, mutatam esse defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.

l. 11. §. 12. fi. de leg. III. — probationem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.

l. 34. §. 1. de auro leg. 34. 2. — — si in hoc alienaverit testator libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni.

Der Grund, daß der Onerirte die mutata voluntas beweisen muß, liegt aber lediglich darin, daß der Legatar schon durch die Disposition des Erblassers ein Recht erhalten hat; wenn auch dieses Recht zunächst nur dem Keim nach vorhanden ist und die volle Wirkung erst äußert, wenn die Disposition bis zum Tode des Erblassers unverändert geblieben ist, so hat doch schon dieser Keim als einmal vorhanden die Berechtigung fortzuexistiren, und da er sich ohne weitere äußere Bedingungen fortentwickelt und beim Tode des Erblassers als ein Vollrecht von selbst besteht, so liegt der Nachweis der Wiederaufhebung dieses einmal, wenn auch nicht gleich als vollwirksam begründeten Rechts demjenigen ob, der ihm die nach dem Tode des Erblassers von selbst zukommende Vollwirkung abstreiten will, und zwar muß die Aufhebung dieses einmal existirenden Rechts so klar bewiesen werden, wie die Existenz desselben; wie in dem Fall, wenn einem Titius legirt ist und es zwei Personen desselben Namens giebt, ohne daß sich erkennen läßt, welcher von beiden der Honorirte sei, keiner von beiden das Legat fordern kann, so kann auch umgekehrt dann, wenn zwei Titii honorirt sind und einem von ihnen, aber ungewiß welchem, das Legat adimirt wird, die Wiederaufhebung nicht geltend gemacht werden, sondern es bleiben beide Legate bestehen [13]). — Die Legatare haben durch die letztwillige Verfügung ein Recht auf alles

[13]) l. 3. §. 7. de adim. leg. 34. 4. l. 11. pr. de R. D. 34. 5. Ueber die letzte Stelle, in welcher wohl statt „ademtionem autem in utrumque valere“ im Einklang mit der von demselben Ulpian herrührenden Entscheidung in der ersten Stelle zu lesen ist: „in ademtione autem utrumque valere“ cfr. die Citate bei Puchta Pand. §. 537. N. e.

das, was ihnen vom Erblasser legirt ist. Die Existenz dieses Rechts bezüglich in dem geltend gemachten Umfang kann nur gehindert werden durch das Vorhandensein der Voraussetzungen der lex Falcidia; der Erbe muß diese und damit die Beschränkung oder gänzliche Aufhebung der Legate beweisen (l. 17, h. t.).

Nach diesem Princip entscheiden sich denn nun auch Fragen, für deren Lösung es an einem positiven Anhalt in den Quellen fehlt. So läßt sich z. E. auch die bestrittene Frage nach dem Beweis des Intestaterbrechts hiernach beantworten. M. E. braucht danach weder das Nichtvorhandensein eines Testamentes, noch das Nichtvorhandensein näherer Intestaterben von dem klagenden Intestaterben bewiesen zu werden. Die Intestaterbfolge tritt allerdings erst dann ein, wenn der Erblasser nicht selbst Bestimmungen über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode getroffen hat; auch einem Descendenten ist ab intestato erst dann deferirt, wenn es sich entschieden hat, daß nicht ex testamento succedirt wird. Aber wenn auch die XII Tafeln sagen: si intestato moritur, cui suus heres nec sit, proximus agnatus familiam habeto, und somit nach römischer Auffassung die Voraussetzung für das wirkliche Eintreten der Intestaterbfolge das Nichtvorhandensein eines Testamentes ist, so ist damit doch nicht gesagt, daß der Intestaterbe das Nichtvorhandensein des Testaments zu beweisen habe, denn auch das Recht des Legatars ist davon abhängig, daß der Erblasser seinen Willen nicht geändert hat und doch braucht er die Nichtänderung nicht zu beweisen. Das Recht des Descendenten, zu succediren, entsteht mit seiner Eigenschaft als Descendent und dieses allerdings nur im Keime vorhandene Recht äußert seine Wirkungen, wenn nicht eine äußere Thatsache hemmend und störend seiner Entwickelung entgegentritt; das Vorhandensein eines Testaments, die Thatsache, daß diese ohne äußeres Zuthun von selbst vor sich gehende Entwickelung unterbrochen sei, muß bewiesen werden, nicht umgekehrt das Fehlen eines Testaments. Ebenso ist der Beweis nicht nöthig, daß man nächster Intestaterbe sei. Wirklicher Erbe in concreto ist freilich nur der nächste, aber alle Verwandten haben in abstracto ein Recht; die Eintheilung in Classen hat nur die Bedeutung, daß

ihr Recht dann zurücktritt, wenn frühere Classen vorhanden sind. Die Thatsache der Verwandtschaft allein begründet wenigstens die Möglichkeit des Erbrechts in concreto und diese Möglichkeit wird wirklich, ohne alles Weitere, wenn nicht eben nachgewiesen wird, daß wegen des Vorhandenseins näher Berechtigter das Recht des Klägers nicht zur vollen Wirksamkeit gekommen ist. Auch hier existirt schon das Recht in seinem Keime, es entwickelt sich von selbst zur Reife ohne weitere Voraussetzung, sobald ihm nichts störend in den Weg tritt. Man darf nicht sagen, die nächsten Verwandten erben, sondern die Verwandten erben, unter ihnen aber schließt die erste Classe die zweite, die zweite die dritte u. s. w. aus. So ist auch die Fassung der Nov. 118. Justinian beruft die Cognaten als Berechtigte und bestimmt dann: ut descendentium successio prima sit; omnibus ascendentibus quique a latere sunt praeponantur; von den Ascendenten aber praeferri iubemus die dem Grad nach Nähern. Es ist also immer nur ein Vorzugsrecht der der Ordnung der Natur nach näher stehenden Verwandten; das Recht der übrigen Verwandten steht dabei immer im Hintergrund, ihr Anspruch verblaßt, wenn frühere Classen hervortreten; treten diese aber nicht hervor, so ist das Recht jener allein dem Auge sichtbar und ihr Anspruch wird allein als existent behandelt [14]).

Wir haben also bis jetzt ein Doppeltes gesehn. Das Recht selbst als etwas ideales läßt keinen Beweis zu, sondern nur die thatsächlichen Voraussetzungen, mit welchen das objective Recht diesen Begriff verbindet, können bewiesen werden. Sind aber die thatsächlichen Voraussetzungen, unter denen dieses geltend gemachte Recht zur Existenz kommt, einmal festgestellt, dann dauert diese Existenz fort, bis dieselbe vernichtet, bis sie als eine vergangene

---

[14]) Nur aus dieser Auffassung, daß auch vor dem Tode des Erblassers wenigstens der Keim eines Rechts existirte, erklärt sich die Möglichkeit des Erbverzichts; denn auch nach römischem Recht ist ein solcher an sich denkbar und wird nur als gegen die iuris auctoritas verstoßend mißbilligt l. 16. de suis et legit. 38. 16. l. 3. C. de coll. 6. 20. l. 34. de pactis. In der letzten Stelle wird ausdrücklich von einem ius agnationis gesprochen, auf welches man nicht verzichten könne.

nachgewiesen wird. So vertheilt sich schon die Last des Beweises in billiger bezüglich nothwendiger Weise: Beklagter muß die vernichtenden Einreden, die rechtvernichtenden Thatsachen, beweisen.

Aber es wäre noch zu viel verlangt vom Kläger, wenn man ihm den Beweis aller positiven und negativen Erfordernisse der Entstehung eines Rechts, den Beweis des Vorhandenseins aller Thatsachen, die vorhanden sein müssen und den Beweis des Mangels aller derer, die nicht vorhanden sein dürfen, aufbürden wollte. Dies wird auch in der That nicht gefordert. Auch hierfür liefern uns — wie wir dies schon in den Fällen gesehen haben, wo das Recht in seinem Keime anerkannt und geschützt wurde und Beklagter diesen Keim vernichten d. h. m. a. W. die Hindernisse der Entwickelung des Rechts zur vollen Existenz beweisen mußte — die Quellen einen Anhalt, indem sie, ohne ein allgemeines Princip aufzustellen, uns doch Beispiele bieten, in welchen der Kläger nicht Alles, was Voraussetzung der Entstehung seines Rechts ist, beweisen muß, sondern quaedam probationes a reo exiguntur, nicht blos Beweise der vernichtenden Einreden, sondern auch der verneinenden d. h. derjenigen Behauptungen, welche das Recht des Klägers als gar nicht zur Existenz gekommen darstellen. — Zur Giltigkeit eines jeden Rechtsgeschäfts gehört, daß der Handelnde willensfähig ist; die letztwillige Verfügung, die von einem furiosus errichtet ist, ist daher keine rechtlich bestehende und doch braucht der in einem Testament Eingesetzte und daraus einen Anspruch Erhebende nicht zu beweisen, daß der Testator sanae mentis gewesen sei, sondern es ist Sache des Beklagten den Nachweis der Willensunfähigkeit, des furor, zu liefern (l. 5. C. de codic. 6. 36). Eine dem Privatverkehr entzogene Sache kann nicht Gegenstand eines giltigen Kaufs sein und doch wird der Kauf als perfect anerkannt, wenn nur bewiesen wird, daß Einigung über Waare und Preis erfolgt sei (l. 8. pr. de peric. et comm. 18. 6.: si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit, et pretium, perfecta est emtio). Hierher sind auch die oben angeführten Fälle (l. 12. 16. C. h. t. l. 23. de R. V. l. 23. D. h. t.) zu zählen, wo der Beweis der Entstehung eines Rechts vom Kläger und damit der Beweis der Wiederaufhebung vom Beklagten ver-

langt wird, ohne daß von einem Beweis der Handlungsfähigkeit der Parteien, der Verkehrsfähigkeit des Objects u. s. w. Seitens des Klägers die Rede wäre. — Diese Beispiele genügen als Beleg dafür, daß Kläger nicht alle Voraussetzungen eines giltigen Rechtsgeschäfts zu beweisen hat. Sehen wir von ausdrücklichen Quellenzeugnissen ab, so lassen sich die Fälle vermehren, in denen wir in gleicher Weise den Kläger vom Beweis gewisser Thatsachen freisprechen und dem Beklagten den Beweis aufbürden werden.

Aber nach welchem Princip geschieht das? Welche Thatsachen muß Kläger, welche Beklagter beweisen? Die gewöhnliche Antwort: Kläger hat die rechterzeugenden, Beklagter die rechthindernden Thatsachen zu beweisen, ist in der That keine, denn man muß wieder fragen: welche sind rechterzeugend, welche rechthindernd? Wenn man (wie z. E. Unger a. a. O. §. 70.) unter rechterzeugenden Thatsachen diejenigen versteht, durch deren Verwirklichung ein Recht erworben wird, so ist das nur eine Umschreibung; denn ein Recht entsteht nicht, wenn ich mit einem furiosus einen Vertrag abschließe, sondern nur, wenn mein Mitcontrahent vollkommen fähig ist; warum soll also die Fähigkeit nicht zu den rechterzeugenden Thatsachen gehören? Bestimmt man aber die rechterzeugenden Thatsachen näher durch den Gegensatz der rechthindernden, indem man sagt, letztere seien diejenigen, welche die regelmäßige Wirkung der rechterzeugenden Thatsachen zu paralysiren, also die Entstehung des Klagerechts zu verhindern vermochten (Unger a. a. O. Bd. II. §. 124. pag. 488.), so läuft das wieder auf den Satz von Regel und Ausnahme hinaus. Wie wenig dies genügt, ist schon oben gezeigt worden; daß man mit diesem selben Princip zu verschiedenen Resultaten kommen kann, beweist das Beispiel von Reinhold (a. a. O. pag. 167. 168.) und Unger (§. 124. N. 23.): jener sagt, der physisch Gezwungene brauche den Beweis des erlittnen Zwanges nicht zu führen, Unger ist der entgegengesetzten Ansicht, und doch gehen beide von der gleichen Auffassung aus. Ja, derselbe Schriftsteller scheint mit sich in Widerspruch zu stehen. Denn es ist doch wohl ein Widerspruch, wenn Unger (§. 123. N. 23[a]) sagt: „Regel: die Erklärung des Willens bringt die betreffende juristische Wirkung hervor; Ausnahme: die Willenserklärung hat

diese Wirkung nicht, wenn der Wille mit der Erklärung nicht übereinstimmt, daher ist nicht die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung, sondern die Nichtübereinstimmung als Hinderniß der regelmäßigen Wirkung der Willenserklärung zu behaupten und zu beweisen; dagegen gehört zum Existentwerden jedes Vertrags Willenseinigung, diese hat daher Kläger, der aus einem Vertrage sein Recht ableitet, zu behaupten und im Fall, daß Beklagter ein Mißverständniß vorschützt, zu beweisen". Zum Hervorbringen einer juristischen Wirkung gehört doch nicht weniger die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, als zum Existentwerden eines Vertrages die Willenseinigung, warum soll Kläger nicht auch jenes oder warum muß er dieses beweisen?

Der eigentliche Grund, warum Kläger überhaupt nicht den Beweis aller positiven und negativen Erfordernisse der Rechtsentstehung zu beweisen hat, liegt, wie das auch ziemlich allgemein anerkannt ist, in Billigkeitsrücksichten. Eine gewisse Beschränkung in dem Erforderniß, daß Kläger die Ueberzeugung des Richters von der Gerechtigkeit seines Anspruchs zu erbringen habe, ist nothwendig und billig zugleich, wenn man nicht das Unrecht begünstigen und den zugesagten staatlichen Schutz der Rechte zu einer Illusion machen will. Darum begnügt man sich mit dem Erbringen juristischer Gewißheit, darum wird die Beweislast in entsprechender Weise zwischen Kläger und Beklagten vertheilt. Aber nach welchen Grundsätzen diese Vertheilung zu bewirken ist, das ist eben die Frage. Daß dafür die Unterscheidung in positiv und negativ wirkende juristische Thatsachen die beste Grundlage abgebe, glaube ich als unhaltbar nachgewiesen zu haben. Mir scheint, daß man mit einem andern Princip zu einem richtigeren Resultate kommt.

In einem Rechtsstreit werden immer nur concrete Rechte geltend gemacht; die allgemeinen Bedingungen aller Rechte kommen im Proceß nicht selbständig zur Sprache, sondern nur in Verbindung mit der Frage nach den juristischen Wirkungen einer Handlung. Denn wenn diese Fragen allerdings auch den Gegenstand einer selbständigen Entscheidung bilden können, wie z. E. die Frage, ob Jemand wahnsinnig ist, so daß ihm ein Curator bestellt werden muß, so ist das doch nicht ein civilprocessualischer

Streit um ein verletztes Privatrecht. Darum sind zunächst nur die thatsächlichen Voraussetzungen dieses concreten Rechts zu beweisen. Si quid venierit appareat, et pretium, perfecta est emtio. Es liegt hier ein abgeschlossenes Thatindividuum, der Begriff eines Kaufgeschäfts vor, aus ihm gehen die Wirkungen hervor, die nach den Rechtsprincipien mit diesem Begriff verbunden sind. Die Voraussetzungen der concreten Rechte sind aber unendlich verschieden, ein allgemeines Princip darüber, was die Voraussetzung eines concreten Rechts sei, giebt es, wie schon oben erwähnt worden, nicht: zum Begriff eines Consensualvertrags genügt die Willenseinigung, während ein Realvertrag erst mit der Hingabe der Sache existent ist; zum Begriff eines Kaufs gehören andere Voraussetzungen, als zum Begriff einer Miethe; wenn ich von einem Pupillen kaufe, so ist das ein anderes concretes Rechtsverhältniß als der Kauf von einem Großjährigen, dort existirt das Recht nur, wenn der Vertrag unter Mitwirkung des Vormundes abgeschlossen ist, und betrifft der Vertrag eine Sache, die nicht ohne obervormundschaftliches Decret veräußert werden darf, so ist das wieder ein specifisch andres Rechtsverhältniß, es existirt nur, wenn das Decret gegeben ist, daher müssen diese Voraussetzungun des concreten Rechts bewiesen werden (l. 13. §. 2. de Publ. act. 6. 2.); wenn ich ein Forderungsrecht aus einem zwischen mir und dem Beklagten selbst entstandnen Obligationsverhältniß geltend mache, so ist das ein anderes concretes Recht als wenn ich als Cessionar oder als Universalsuccessor eines Dritten klage. Man kann die Fassung billigen, die Unger (§. 123. pag. 454.) diesem Gedanken gegeben hat: es sind die specifischen (unmittelbaren, eigenthümlichen) Entstehungsgründe des behaupteten Rechts, die constitutiven Elemente der Rechtsentstehung zu beweisen. Aber damit ist einmal die Frage noch nicht gelöst, warum das so sei, und dann — was noch wichtiger ist — entscheiden sich nicht alle Fälle hiernach allein. Denn bona fides z. E. ist specifischer Entstehungsgrund für die actio Publiciana wie für die Ersitzung, und doch wird von Allen der Beweis der bona fides nicht verlangt; der Besitz nec vi nec clam nec precario ist constitutives Element für den Erwerb der Servituten

durch Ersitzung und doch verlangt man ziemlich allgemein nicht den Beweis der fehlerfreien Ausübung, des Nichtvorhandenseins jener Mängel; Ernstlichkeit des Willens ist gewiß specifische Voraussetzung für die Entstehung eines jeden Rechts aus dieser Erklärung und doch wird regelmäßig der Beklagte den Beweis der Nichternstlichkeit, der Simulation, des Scherzes, des Scheins übernehmen müssen; bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist die Uebereinstimmung des beiderseitigen Willens, in idem placitum consensus, nicht weniger wesentlich, als die Uebereinstimmung zwischen dem Willen des Erkärenden und dieser seiner Erklärung, und doch liegt gewiß dem aus einem solchen Vertrag Belangten der Beweis ob, daß es in Wahrheit an einer solchen Uebereinstimmung gefehlt habe. — Aber kehren wir zu unsrer ersten Frage zurück, warum dies so sei, warum nur das concrete Recht, nur die specifischen Entstehungsgründe des geltend gemachten Rechts bewiesen werden müssen. Wir werden durch ihre Beantwortung auch das Princip gefunden haben, warum in den letztangeführten Fällen, wo jener Satz nicht ausreicht, der Beklagte den Beweis übernehmen muß.

Wenn Kläger auf Tradition der gekauften Sache klagt und anführt, er habe vom Beklagten eine Sache für 100 Thlr. gekauft, so ist die Klage genügend begründet; es braucht nicht angegeben zu werden, daß Verkäufer großjährig, daß er nicht furiosus u. s. w. war, nicht weil die Regel die Handlungsfähigkeit ist, weil die allgemeine Rechtsregel besteht, daß jeder Mensch handlungsfähig sei, und die Ausnahme die fehlende oder beschränkte Handlungsfähigkeit ist, sondern einfach deßhalb, weil das Recht mit diesen nackten Thatsachen an sich die Wirkung verbindet, die Kläger geltend macht. Der Rechtssatz lautet: wenn zwischen zwei Personen eine Uebereinkunft des Inhalts stattgefunden hat, kann Käufer die Tradition des Kaufobjects verlangen. Freilich ist es wahr, daß eine solche Uebereinkunft in der That rechtlich keine solche ist, keine Wirkungen äußert, wenn der eine Contrahent z. E. wahnsinnig war. Man könnte daher geneigt sein, den Rechtssatz zu fassen: wenn von zwei vollkommen handlungsfähigen Personen ein Kauf abgeschlossen ist, so — u. s. w. Warum, kann man fragen, soll bloß die äußere Thatsache des Kaufens bewiesen werden,

ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Contrahenten, da doch diese Thatsache eine eigentlich juristische, eine mit rechtlichen Wirkungen bekleidete, nur ist unter der Voraussetzung, daß die Contrahenten handlungsfähig waren? Würde durch eine solche Fassung des Rechtssatzes: „wer von einem Handlungsfähigen kauft, wer über eine dem Verkehr nicht entzogene Sache einen Vertrag schließt, wer von einem Erblasser, der testamenti factio activa hat, eingesetzt ist u. s. w. hat die und die Rechte" etwas daran geändert werden, würde dem Kläger deßhalb mehr obliegen als der Beweis des Kaufabschlusses, der Einsetzung im Testament? Gewiß nicht. Der Grund muß also ein anderer sein. Das Princip, nach dem sich diese Frage beantwortet, ist m. E. das: Alles, was äußerlich ohne Mangel existirt, trägt die Berechtigung seiner Existenz in sich, bis ihm diese Existenz und damit die derselben zukommende Wirkung bestritten, bis die Existenz vernichtet wird. Das Rechtsleben betrifft das äußere Leben, und das Recht betrachtet das, was äußerlich in die Sinnenwelt eingetreten ist und das äußere Gepräge der Giltigkeit trägt, die äußeren von ihm geforderten Merkmale aufweisen kann, als Etwas, das eben deßhalb schon zu existiren berechtigt ist. Soll nun diese Existenz, auch wenn sie nur eine factische ist, vernichtet werden, so ist ein Angriff dagegen nöthig und dieser Angriff muß natürlich vom Gegner gemacht werden. Ein nichtiges Rechtsgeschäft, dem es an einem wesentlichen Erforderniß fehlt, z. E. ein Testament, welches gefertigt ist von einem, der keine testamenti factio hat, wird rechtlich zwar als gar nicht existirend betrachtet, aber factisch besteht es vollkommen, es entspricht äußerlich den Erfordernissen, welche das Recht aufstellt, und dieses äußerlich ohne Mangel Existiren wird vom Recht so lange anerkannt, bis die Berechtigung zu existiren ihm abgestritten wird. Es existirt, man muß es vernichten. Der Grund ist also im Wesentlichen derselbe, wie der, warum nicht das gegenwärtige Sein des Rechts vom Kläger, sondern die Wiederaufhebung vom Beklagten bewiesen werden muß. Dort lautet der Satz: was einmal rechtlich existent geworden ist, und wenn auch nur dem Keime nach, existirt fort, bis

die Existenz vernichtet wird durch äußere selbständige Thatsachen; hier heißt es: was äußerlich ohne Mangel existirt, was äußerlich die Erfordernisse des geltend gemachten concreten Rechts aufweisen kann, hat den Anspruch auf Anerkennung, bis dieser Anspruch als ein unbegründeter nachgewiesen wird. Für die Berechtigung dieser Gleichstellung spricht die mehrfach citirte l. 12. h. t., die hier ihrem ganzen Inhalt nach Platz finden mag, weil der in ihr entschiedene Fall zugleich eine Bestätigung des Satzes, daß das äußerlich ohne Mangel Existirende einen Anspruch auf selbstständige Existenz und Anerkennung derselben habe, enthält:

Quingenta testamento tibi legata sunt; idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare voluerit legatum, an repetere, et an oblitus, se in testamento legasse id fecerit? ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit; sed interdum (Hal. nimirum) probationes quaedam et a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat: solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est; et hic igitur, cum duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse (Vulg. add.: dicat), ipse heres id approbare iudici debet.

Es kann zweifelhaft sein, was die doppelte Honorirung mit derselben Summe zu bedeuten hat. An sich muß Kläger allerdings seine intentio beweisen, daher könnte man geneigt sein, ihm den Beweis, der Erblasser habe die Absicht das Legat zu verdoppeln gehabt, aufzubürden. Die allgemeine Regel über die Beweispflicht des Klägers ist aber entschieden zu weit, denn manche Beweise liegen ja auch dem Beklagten ob; so der Beweis der Rückzahlung des Darlehns, obgleich die intentio hier lautet: dare oportere. Und diesem Fall einer vernichtenden Einrede wird mit den Worten et hic igitur etc. der hier erörterte Fall gleichgestellt; der Erbe muß beweisen, posteriorem inanem esse, d. h. es sei dieser Disposition gleich von Anfang rechtliche Wirkung nicht zugekommen, und der Grund, warum er dies beweisen

muß, ist lediglich der, daß er duas scripturas ostendit; jede ist äußerlich ohne Mangel, die zweite stellt sich als selbständige Disposition dar, die äußerlich keine weitere Beziehung auf die erste hat, als daß in beiden die gleiche Summe legirt ist; sie würde allerdings ohne den Willen des Testators, neue 500 zu legiren, nicht wirken, aber das Legat existirt factisch, der Erbe muß die Disposition als inanis, als rechtlich wirkungslos nachweisen [15]). Aehnlich ist der Fall: wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Summe legirt, die der von ihm geschuldeten gleich ist, so ist dies darum noch nicht ein legatum debiti; es ist der Wille ausgesprochen zu legiren und dieser Wille hat, da er vom Erblasser selbst in gar keine Beziehung zur Schuld gebracht worden ist, eine ganz selbständige Existenz, bis vom Erben die voluntas testatoris compensare volentis evidenter [16]) nachgewiesen ist (l. 85. de leg. II. l. 16. C. de leg. 6. 37.). — Würde hingegen die juristische Thatsache äußerlich mangelhaft erscheinen, so bedarf es gar keines besondern Vernichtungskampfes, es liegt dann ein rechtlicher Abortus vor, bei dem nicht einmal die Frage nach der Vitalität zur Sprache kommt. Wenn es z. E. einer Testamentsurkunde an der Unterschrift oder Untersiegelung der nöthigen Zeugen fehlt, oder wenn in einer Disposition ganz unsinnige perplexe Bestimmungen enthalten sind, oder wenn ein Vertrag abgeschlossen ist über eine Sache, welche äußerlich die Merkmale einer res extra commercium hat z. E. aqua profluens, liber homo etc., wenn Zeit und Ort und Art einer abgegebenen Willenserklärung so sind, daß man daraus die Nichternstlichkeit des Willens entnehmen kann, wie wenn z. E. auf dem Theater,

---

[15]) Ueber diese specielle Frage, ob der Erbe die doppelte Summe auszahlen muß, mit ihren verschiedenen Gestaltungen, cfr. Schrader im civil. Arch. Bd. XXXIII. pag. 1. ff. — Cuiacius O. O. Tom. III. col. 337. B. — cfr. aber gegen Schrader und für meine Ansicht auch Windscheid Pand. §. 133. N. 7. — cfr. auch den Fall der l. 14. de R. D.

[16]) Cfr. auch l. un. §. 3. C. de R. U. A. 5. 13. — edictum Praetoris, quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ita ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifestissimum sit, testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

zur Uebung in einer fremden Sprache u. s. w. eine Erklärung abgegeben wird, die sonst geeignet wäre eine Verpflichtung zu begründen, — in diesen Fällen ist eben schon der äußern Erscheinung nach die Thatsache nicht fähig, rechtliche Wirkungen hervorzubringen. Abgesehen aber von dem Fall, wenn die Thatsache das Gepräge der Mangelhaftigkeit äußerlich an sich trägt, ist die Thatsache des Vertragsabschlusses ꝛc. eine in sich geschlossene, ein Thatindividuum, und der Richter hat das factisch abgeschlossen Bestehende auch als solches anzuerkennen; beruft Beklagter sich auf ein selbständiges Factum, woraus der Grund der rechtlichen Negation des Klagfactums hervorgeht, so muß er dieses Factum und dessen vernichtenden Einfluß auf die abgeschlossen für sich bestehende Klagthatsache beweisen. Wenn z. E. ein Gesetz bestimmt, daß Ehefrauen nicht ohne ihren Ehemann einen Vertrag abschließen können, muß Kläger anführen und beweisen, daß seine Mitcontrahentin keine Ehefrau war? Die Beklagte leugnet die rechtliche Wirkung des Vertrags, weil sie Ehefrau sei. Dem Vertrag sieht man hier äußerlich nicht an, ob sie Ehefrau war oder nicht. Aber der Grund der rechtlichen Negation ist eine Thatsache, die die Existenz einer andern abgeschlossenen Thatsache in ihren Wirkungen vernichten will, es ist ein selbständiger Gegenangriff, ein dicere, die Beklagte muß dies beweisen. Oder: es steht fest, daß von den Parteien ein Vertrag abgeschlossen ist, aber der eine Contrahent behauptet, er sei wahnsinnig gewesen oder es sei unter ihnen verabredet worden, daß das Geschäft nur zum Scheine vorgenommen werden solle, um ein anderes dadurch zu verbergen; das Geschäft existirt factisch; äußern sich in demselben vernünftige Willensoperationen, trägt es nicht den Stempel des Scheingeschäfts äußerlich an sich, so liegt ein äußerlich vernünftiger, ein äußerlich ernster Wille vor, und der Richter hat den Willen zunächst als solchen zu behandeln wie er sich äußerlich darstellt und zur That geworden ist. Wenn also Beklagter in fine finali auch nur das Recht negirt, so ist doch der Weg auf dem er zu dieser Negation kommt, der, daß er ein selbständiges Factum vorschützt, welches das vom Richter anzuerkennende abgeschlossene Klagfactum in seiner Wirksamkeit hemmt;

es ist, wenn auch rechtliche Negation, doch eine selbständige Einrede, deren Beweis demjenigen aufzulegen ist, der sich darauf beruft, um die Wirkung der Klagthatsache aufzuheben. — Dieses Princip, daß dasjenige, was factisch existirt, ohne den Mangel der Berechtigung seiner Existenz äußerlich an sich zu tragen, vom Richter anzuerkennen ist und die vom Recht damit verbundene Wirkung äußert, bis ihm die Berechtigung zu existiren und diese Wirkung zu äußern vom Gegner abgestritten ist, ist der Grund, warum nicht Kläger das Fehlen der sogenannten rechthindernden Thatsachen, sondern Beklagter deren Vorhandensein zu beweisen hat; nach ihm bestimmt sich zugleich im Zusammenhalt mit dem Satz, daß die specifischen Entstehungsgründe eines Rechts zu beweisen sind, die Frage, welche Thatsachen rechterzeugende, welche rechthindernde sind. Es ließe sich die Anwendung dieses Princips noch an vielen Fällen zeigen. So entscheidet sich die Frage, wer beweisen muß, wenn Kläger einen mit Namensunterschrift des Beklagten versehenen schriftlichen Vertrag vorlegt und Beklagter behauptet, er habe zwar unterschrieben, aber Kläger habe ihm gewaltsam die Hand geführt, dahin, daß Beklagter den Beweis der vis absoluta zu erbringen hat[17]). Wenn der die Ersitzung einer Servitut Behauptende Ausübungshandlungen anführt, die nicht das Gepräge der Vitiosität tragen, muß der Beklagte nachweisen, daß die Ausübung vi clam oder precario erfolgt sei; in gleicher Weise ist es Sache des Beklagten, die mala fides des auf Usucapion sich Berufenden zu beweisen, wenn die äußern Umstände des Erwerbs der Art sind, daß ein Wissen des Erwerbers von der Mangelhaftigkeit des Erwerbsacts selbst oder des Rechts seines Auctors ausgeschlossen erscheint. Wenn einmal die Emancipation eines filiusfamilias oder die Freilassung eines Sclaven in einem äußerlich fehlerfreien Act nachgewiesen ist, muß der diesem existenten Act die rechtliche Wirksamkeit Bestreitende darthun, daß die emancipatio oder manumissio eine non rite facta gewesen sei (l. 5. §. 1. h. t. l. 17. C. h. t). Wenn Kläger aus einem Vertrag klagt und Beklagter den Abschluß des

[17]) Cfr. auch den von Bähr in Gerber und Jhering Jahrb. Bd. II. pag. 438. angeführten Fall einer Beweiseinrede gegen eine den Namen des Beklagten tragende Urkunde.

Vertrags zwar zugesteht, aber behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden, so ist das m. E. nichts andres als eine litis contestatio negativa, Beklagter leugnet, daß der Vertrag so abgeschlossen sei, wie Kläger behauptet hat. Die Bedingung ist nicht etwa eine Nebenbestimmung, wie etwa ein Modus, der als etwas Selbstständiges zu dem selbstständigen Hauptgeschäft hinzutritt; bei einem bedingten Geschäft sagt man nicht erst „ich will“ und dann „ich will nicht, wenn“, sondern die bedingte Willenserklärung ist eine einheitliche: „ich will nur, wenn.“ Ein bedingtes Geschäft ist gegenüber einem unbedingten ein völliges aliud, nicht eine Beschränkung, ein minus oder plus. Beruft sich nun Kläger auf einen Vertragsabschluß und erwähnt er dabei nichts von einer Bedingung, so behauptet er damit den unbedingten Abschluß; die Antwort des Beklagten, es sei ein Vertrag abgeschlossen, aber unter einer Bedingung, leugnet also in der That den unbedingten Abschluß, da er nicht zugleich den unbedingten Abschluß zugestehen und daneben das völlige aliud des bedingten Vertrags behaupten kann. Daher muß Kläger das Nichtzufügen der Bedingung beweisen, d. h. nur, er muß beweisen, was er behauptet und worauf er seine Klage stützt. Stellt sich nun der Vertrag äußerlich als unbedingt abgeschlossen dar, sagen z. E. zwei Zeugen über den Vertragsabschluß aus, die von einer zugefügten Bedingung nichts gehört haben, oder producirt Kläger eine über den Vertrag aufgenommene Urkunde, die einer Bedingung keine Erwähnung thut, so fällt damit die Last des Beweises auf Beklagten, nicht weniger als wenn er dem äußerlich fehlerfrei sich darstellenden Testament gegenüber die Unfähigkeit des Testators behauptet. — Wenn feststeht, daß ein Vertrag unter einer Bedingung geschlossen ist, so kommt bei der Frage, ob die Bedingung eine suspensive oder resolutive ist, zunächst Alles auf den Willen und die Absicht der Contrahenten an, für deren Ermittelung die Fassung der Bedingung einen Anhalt geben kann. Wenn das aber ungewiß ist, also im Zweifel, soll nach Manchen eine Suspensiv- nach Andern eine Resolutivbedingung als beabsichtigt angenommen werden, oder, wie das auch ausgedrückt wird, eine Präsumtion für die eine oder für die andere sprechen. Ich glaube, daß

wir einen positiven Beleg für die letztere Ansicht in l. 4. pr. de peric. et comm. 18. 6. (si hoc in occulto sit, emtionem manere, cfr. auch Brinz Pand. I. p. 482.) haben, glaube aber auch zugleich, daß das nur ein Ausfluß unseres Princips ist. Der Vertrag ist jedenfalls äußerlich existent geworden; wenn nicht klar ist, daß die rechtliche Wirksamkeit dieser Existenz noch von andern Voraussetzungen abhängig ist, so muß sie anerkannt werden; wer dies bestreitet, muß beweisen, sonst gilt: emtionem manere[18]).

Es ist aber nicht nöthig für unsern Zweck, alle die Anwendungsfälle dieses Princips, dessen Verfolgung in seinen einzelnen Consequenzen m. E. eine fruchtbare sein würde, anzuführen; auf einzelnes werden wir gelegentlich zurückkommen, wie z. E. bei der Erörterung der Nov. 134. cap. 8. (cfr. unten §. 26.)

Die Untersuchung der Frage, was jede Partei zu beweisen hat und warum von dem ein Recht klagend oder einredeweis Verfolgenden nicht der Beweis aller zur Begründung dieses Anspruchs gehörigen Thatsachen verlangt wird und welchen Gegensatz die sogenannten rechterzeugenden Thatsachen zu den andern bilden, hatte nur den Zweck, festzustellen, daß die Präsumtionen mit der Beantwortung dieser Fragen und der Aufstellung dieser Sätze nichts zu thun haben, daß wir diese Sätze nicht auf Präsumtionen zurückzuführen brauchen. Und hier gilt: superflua nocent[19]).

---

[18]) Daher wird, wenn die Wortfassung nicht widerstreitet, die lex commissoria, die in diem addictio, das pactum displicentiae stets als Resolutivbedingung aufzufassen sein. — Gewöhnlich faßt man — um dies hier beiläufig zu bemerken — den sogenannten Kauf auf Probe im Gegensatz zum pactum displicentiae als Suspensivbedingung auf. Diese Auffassung scheint mir aber deßhalb nicht richtig, weil da, wo die Bedingung in dem reinen velle des bedingt Verpflichteten besteht, wie dies doch bei dem Kauf auf Probe unzweifelhaft der Fall ist, von einem bindenden Obligationsverhältniß noch gar nicht die Rede sein kann. Dieser sogenannte Kauf auf Probe ist gar kein wahrer Kauf, auch nicht unter einer Bedingung, sondern es wird nur durch eine derartige Verabredung der die Waare Offerirende einseitig gebunden, sich die Acceptation des Andern gefallen zu lassen.

[19]) Cfr. auch die Bemerkung Weber's a. a. O. pag. 76: „mit einer Rechtsvermuthung, die man uns da, wo wir sie eigentlich als solche,

Weil man es sich bequem machte und die in Bezug auf recht-vernichtende und rechthindernde Thatsachen anerkannte Beweisfreiheit des Klägers unter die Schablone der Präsumtionen brachte — indem man nämlich für die Freiheit vom Beweis des Fehlens der rechtvernichtenden auf die Präsumtion der Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts, für die Freiheit vom Beweis des Fehlens der rechthindernden auf die Präsumtion des Nichtvorhandenseins aller äußerlich nicht hervortretenden Hindernisse oder auch specieller auf die Präsumtion der Handlungsfähigkeit, der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung u. s. w. sich stützte, — war es unausbleiblich, daß man das Gebiet der Präsumtionen in's Ungemessene ausdehnte, auf diese angeblichen Präsumtionen, die nichts andres als Ausflüsse der Beweisregeln sind, die Grundsätze der wahren Präsumtionen und auf die wahren Präsumtionen die Grundsätze der Beweisregeln anwandte und so zu einer Unklarheit über die Natur der Präsumtionen kam, die theils zu theoretischen Mißgriffen, wie zu dem, die ganze Lehre vom Beweis unter der Rubrik der Präsumtionen abzuhandeln, geführt, theils ernstliche practische Fehler verursacht und zur Aufstellung verkehrter Sätze verleitet hat, oder doch consequenterweise hätte verleiten müssen, wie sich dies namentlich in der Lehre vom Gegenbeweis gegen die Präsumtionen zeigt.

Man kann wohl, wie schon oben erwähnt worden, auch in diesen Fällen von Präsumtion sprechen, insofern als Präsumtion im Allgemeinen ein jedes Annehmen, bezüglich Annehmen ohne Beweis ist und der Begriff nicht als ein von vornherein abgeschlossener erscheint. Sprachlich ist es natürlich nicht falsch, denn auch die Quellen brauchen das Wort in einer so allgemeinen Bedeutung, und es wird sich der Sprachgebrauch, wonach da von Präsumtion gesprochen wird, wo ein Umstand nicht bewiesen zu werden braucht, namentlich da, wo wegen der äußerlich fehlerfreien Erscheinung ein Beweis nicht verlangt wird, nicht so leicht verlieren. Man kann auch ohne Gefahr sagen: die Fortdauer eines

wenn sie gegründet wäre, anzuwenden hätten, versagt, und nur da gestatten will, wo wir zu unserm Zwecke gar keine praesumtio iuris bedürfen, mit einer solchen Rechtsvermuthung muß es doch eine ganz eigene Bewandtniß haben."

einmal entstandenen Rechts, die Willensernstlichkeit, die bona fides, die Resolutivbedingung im Gegensatz zur Suspensivbedingung u. s. w. wird präsumirt, wenn man nur das Bewußtsein hat, daß das Präsumtionen von ganz anderer Art und ganz anderem Character sind als z. E. die praesumtio Muciana, die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant, die hinsichtlich eines Verschollenen und hinsichtlich der in gemeinsamer Gefahr sterbenden Eltern und Kinder geltende Präsumtion, die Präsumtion der l. 24. h. t., der l. 3. C. de apoch. publ. 10. 22., oder als die Präsumtion der ademtio legati wegen Todfeinschaft, der in der substitutio simplex enthaltenen duplex substitutio u. s. w. Präsumtion heißt dann nur: gewisse Thatsachen bedürfen keines Beweises, sie werden einfach angenommen und dem Gegner bleibt es überlassen, andere entgegenstehende Thatsachen zu beweisen; die Folge des Nichtbeweisenmüssens ist das Präsumirtwerden, während in den andern Fällen das Nichtbeweisenmüssen die Folge des Präsumirtwerdens ist; in diesem Sinn sagt die oben §. 11. N. 3. citirte Glosse, weil das Nichtwissen bewiesen werden müsse, werde das Wissen präsumirt. Die Gefahr ist aber, daß man das Verhältniß umkehrt, wie dieselbe Glosse thut, wenn sie sagt, weil das Wissen präsumirt werde, müsse das Nichtwissen bewiesen werden. Es sind das aber nicht von vornherein festgesetzte Umstände, die keines Beweises bedürfen, es ist auch kein specieller Rechtssatz nöthig, damit vom Kläger nicht die Fortdauer seines Rechts, die Ernstlichkeit des Willens beim Vertragsabschluß u. s. w. bewiesen zu werden braucht, sondern es sind das Ausflüsse aus den allgemeinen Beweisregeln, wie wir sie aus den einzelnen Aussprüchen der Quellen und den speciellen Entscheidungen der römischen Juristen entnehmen, die an jedem vorgelegten Fall eine neue concrete Gestalt annehmen können und nichts weniger als ein abgeschlossenes Gebiet bilden. — Diese Ausflüsse aus den römischen Beweisregeln — auf die vielleicht auch die Annahme, was gewöhnlich so sei, werde wohl auch in dem concreten dem Richter vorliegenden Fall so sein, einen Einfluß gehabt haben mag — sind daher, mag man auch den Ausdruck Präsumtion dafür brauchen, auszuscheiden, wenigstens sind sie ganz zu trennen von anderen

Fällen. Es vertheilt sich die Beweislast von vornherein nach diesen Grundsätzen.

Aber gegenüber diesen Präsumtionen, wenn man sie so bezeichnen will, gegenüber diesen Ausflüssen aus dem römischen Beweissystem, giebt es nun andere, welche dem nach diesen Regeln Beweispflichtigen die Last erleichtern, bezüglich ihn davon befreien. Die Römer mußten, wenn sie einmal vom Kläger den Beweis gewisser den Inhalt der intentio bildenden Thatsachen aus practischen Utilitätsrücksichten oder aus andern Gründen nicht verlangten, auf den Gedanken kommen, manche Thatsachen, die nach diesem feststehenden System vom Kläger oder vom Beklagten zu beweisen gewesen wären, ohne Beweis anzunehmen, zu präsumiren, wenn gewisse Gründe, Billigkeits-, Sittlichkeits-, Zweckmäßigkeitsrücksichten für eine solche Befreiung sprachen. Diese Präsumtionen, die nicht Ausflüsse des Beweissystems sind, sondern welchen demselben gegenüber selbständige Bedeutung zukommt, müssen nothwendig einen andern Character haben: hier braucht der an sich Beweispflichtige nicht zu beweisen, was er eigentlich zu beweisen hätte, es wird so angesehen, als hätte er seiner Beweispflicht genügt; dem gegenüber ist nothwendig der Beweis des Gegners ein anderer als der, der ihm kraft der allgemeinen Beweisregel von vornherein obliegt.

Ehe wir auf diese unter einander wieder verschiedenen Rechtssätze übergehen, schließt sich an die Bemerkung, daß man wohl auch die Ausflüsse der Beweisregeln Präsumtionen nennen könne, passend die andere, auf die später (§. 24.) näher eingegangen werden wird, an, daß man in einem vulgären Sinn auch Ausflüsse anderer Rechtssätze, die als solche keines Beweises bedürfen, so bezeichnen kann, wie dies in der That geschehen ist und noch geschieht. Auch diese Fälle sind keine eigenartigen Präsumtionen und unterscheiden sich von diesen in wesentlichen Beziehungen.

## Drittes Capitel.

# Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit durch den Gesetzgeber.

## I. Im Allgemeinen.

### §. 19.

Wir sind von einem weiten Begriff der Präsumtion ausgegangen: Annahme ohne Beweis, Wahrscheinlichkeitsannahme, Wahrscheinlichkeit. Wir haben zunächst die Wirkung dieser Präsumtion im Proceß betrachtet und vor Allem die Grundsätze kennen gelernt, nach welchen sich die Beweislast vertheilt. Diesen gegenüber kommt der Präsumtion eine selbständige Bedeutung zu. Aber das ist nicht die Präsumtion in dem weiten Sinn; nicht jede Annahme ohne Beweis, nicht jede Wahrscheinlichkeit hat diese Bedeutung. So wenig wie die Beweislast principaliter hierdurch bestimmt wird, so wenig kann von der durch die richtigen Beweisregeln normirten Beweislast eine Ausnahme gemacht werden infolge einer blosen Wahrscheinlichkeitsannahme. So wenig dem Richter, dem juristische Gewißheit erbracht sein muß, ehe er sein Urtheil zu Gunsten des die Realisirung eines Anspruchs von ihm Verlangenden fällt, die blose Wahrscheinlichkeit einer die Voraussetzung eines Rechts bildenden Thatsache genügt, um darauf hin dieses Recht als dem Kläger zustehend anzuerkennen, so wenig darf er den eigentlich Beweispflichtigen von dieser Verpflichtung befreien durch sein Vorwegannehmen ohne Beweis.

Der Richter darf also nach dem bisher Erörterten regelmäßig nur das Thatsächliche als processualisch feststehend annehmen, wofür ihm der Beweis erbracht wird, er darf nicht präsumiren in diesem weiten Sinn, darf die blose Wahrscheinlichkeit regelmäßig nicht berücksichtigen. Es wirft sich aber nun die Frage uns auf: welches ist denn im Gegensatz zu diesem vagen und allgemeinen Begriff der Präsumtion als Annahme ohne Beweis oder auch als Wahrscheinlichkeit der Begriff derjenigen Präsumtion, welcher gegenüber den feststehenden Beweisregeln eine selbständige Bedeutung zukommt? Um diese Frage genügend beantworten zu können, müssen wir etwas weiter ausholen.

Der Gesetzgeber — oder allgemeiner das Organ des positiven Rechts [1]) — ist natürlich an diese dem Richter gesetzte Schranke nicht gebunden; er kann einen Umstand ganz allgemein, d. h. ohne Beziehung auf einen concreten Rechtsstreit, annehmen, ohne daß ihm dieser bewiesen, ohne daß er davon überzeugt ist; er kann die Wahrscheinlichkeit anerkennen und kann infolge seiner Annahme einen Rechtssatz aufstellen. Dies läßt sich in verschiedener Weise denken und kommt auch in den Quellen in verschiedener Weise vor.

1) Es wird die Annahme eines Umstands selbst zum Inhalt eines Rechtssatzes gemacht: ein bestimmter Umstand soll ohne Beweis vom Richter als wahr angenommen werden; weil er dem Gesetzgeber wahrscheinlich ist, oder weil irgend ein anderer Grund denselben zu dieser Annahme bewogen hat, soll er juristisch gewiß sein. Die Wahrscheinlichkeit eines Umstands, bezüglich die Annahme, daß es so sei, daß es wohl so sein möge oder auch nur so sein könne, ist hier zugleich Bestimmungsgrund und Bestimmtes. Wenn z. E. Jemand eine Reihe von Jahren abwesend ist ohne Kunde, soll ohne Beweis angenommen werden, daß er todt sei, wenn ein Stärkerer und ein Schwächerer in gemeinsamer Gefahr umkommen, soll der Schwächere als vor dem Stärkeren verstorben gelten. Die Wahrscheinlichkeit selbst, die Annahme des Gesetzgebers, ist für die bindende Norm erklärt, die der Richter zu befolgen hat; der Einfluß der Wahrscheinlichkeit, die den Gesetzgeber zur Aufstellung dieser speciellen Wahrscheinlichkeitsregel bewogen hat, im Zusammenhalt damit, daß der Rechtssatz zunächst seine Wirkung im Proceß hat, indem der eigentlich zu beweisende Umstand nicht bewiesen zu werden braucht, weil es infolge der gesetzlichen Annahme ebenso anzusehn ist als wäre er bewiesen, äußert sich darin, daß, sobald das Unwahrsein des als wahrscheinlich ange-

---

[1]) Wenn ich im Folgenden vorzugsweise vom Gesetzgeber spreche, so geschieht dies nur der Einfachheit wegen und weil ich dabei zugleich die Bestimmungen neuerer Gesetzbücher im Auge habe. Für die Quellen des gemeinen Rechtes ist dieser Ausdruck allerdings nicht durchgehends geeignet.

nommenen Umstands nachgewiesen wird, von der Anwendung der Präsumtion im concreten Fall nicht die Rede sein kann.

2) Die Annahme bildet nicht den Inhalt des Rechtssatzes, sondern wegen der Annahme wird ein materieller Rechtssatz aufgestellt, d. h. ein Rechtssatz, dessen Bestimmung es zunächst nicht ist, eine Ausnahme von processualischen Grundsätzen zu begründen, sondern den materiellen Gehalt eines Rechtsverhältnisses näher zu normiren. Weil es dem Gesetzgeber wahrscheinlich ist, bezüglich weil er annimmt, daß jede Schuld eines Soldaten nur in causas castrenses contrahirt werde, bestimmt er materiell, daß das Gelddarlehn eines jeden filiusfamilias miles klagbar sei; weil er glaubt, daß die mater binuba wegen der zweiten Ehe die Schenkung an die Kinder erster Ehe revocire, schließt er die revocatio propter ingratitudinem aus; weil er annimmt, es sei der Wille des Erblassers, daß das Universalvermächtniß cum onere legatorum auf den Vermächtnißnehmer übergehen solle, stellt er den Rechtssatz auf, daß denselben die Verpflichtung zur Auszahlung der Legate zum entsprechenden Theil treffe.

Der Gegensatz zwischen diesen beiden Fällen läßt sich zeigen an l. 24. h. t. Hier wird nicht der materielle Rechtssatz aufgestellt: durch Zerreißen des Schuldscheins wird der Schuldner liberirt, weil es wahrscheinlich ist, daß er liberirt ist, (denn sonst würde z. E. der Nachweis, daß der Schuldner später eine Handlung vorgenommen habe, die eine Anerkennung der Schuld enthält wie Zinsenzahlung 2c., nichts helfen, die einmal erloschene Obligation würde nicht aufleben), sondern der Rechtssatz: es ist wahrscheinlich und darum soll angenommen werden, daß der Schuldner liberirt ist. Es läßt sich dieser Gegensatz also so fassen: weil dem Gesetzgeber ein Umstand wahrscheinlich ist, trifft er die Bestimmung, daß Etwas als materielles Recht gelten, nicht aber die, daß der Umstand für wahr angenommen werden soll (Fall 2.) und: weil dem Gesetzgeber ein Umstand wahrscheinlich ist, trifft er die Bestimmung, daß dieser Umstand für wahr angenommen werden, nicht aber die, daß Etwas als materielles Recht gelten soll (Fall 1.). In beiden Fällen wird infolge einer allgemeinen Wahrscheinlichkeit eine

bestimmte Thatsache als wahrscheinlich angenommen, nur bewendet es im letzten Fall dabei, diese Annahme gesetzlich zu sanctioniren, während im erstern auf Grund dieser Annahme eine anderweite rechtliche Bestimmung getroffen wird.

Diese Rechtssätze unter 1. und 2., welche einer solchen Annahme des Gesetzgebers ihren Ursprung und Inhalt verdanken, kann man in einem weitern Sinn civilistische Präsumtionen nennen. Ich will damit zunächst nur den Character der Präsumtion als Rechtssatz und den Gegensatz dieser Präsumtion zu den oben besprochenen Ausflüssen der allgemeinen Beweisregeln, in welchen man ja auch, wie wir gesehen haben, von Präsumtionen spricht, bezeichnen; mit diesen allein werden sich die folgenden Erörterungen beschäftigen. Daß die beiden Arten von den Römern praesumtio genannt werden, ergiebt sich aus den oben näher besprochenen Stellen, in welchen das Wort selbst vorkommt.

Will man den Unterschied der Fälle 1. und 2. in technische Ausdrücke fassen, so kann man die erstern processualische, die letztern materielle Präsumtionen nennen.

Jene haben zunächst nur eine Beziehung auf den Beweis, ihr Zweck ist, den Beweis einer zur Begründung eines Angriffs oder Gegenangriffs erforderlichen Thatsache zu erleichtern bezüglich zu ersetzen, z. E. den Beweis, daß Jemand gestorben, daß eine Schuld erlassen oder bezahlt worden sei.

Diese enthalten eine Norm für die materielle Regelung der Privatverhältnisse; ihr Character besteht darin, daß Etwas in Gemäßheit eines vermutheten Umstands als geltende Norm für Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses hingestellt wird, z. E., daß legata als repetita a substituto, daß Universalfideicommissare als pro parte onerirt gelten u. s. w.

Die Gründe, einen derartigen Rechtssatz aufzustellen, sind bei beiden ziemlich dieselben. Der häufigste Grund ist, weil der angenommene Umstand wahrscheinlich ist, weil es gewöhnlich so zu sein pflegt, wie angenommen wird; es können aber auch andere Veranlassungen sein, wie z. E. um einen Zweifel durchzuschneiden, Nützlichkeits- und Sittlichkeitsrücksichten, ohne daß dadurch der

Begriff der Präsumtion aufgehoben würde, Veranlassungen und Gründe, auf die wir später näher einzugehen haben werden.

Aber dieses Unterscheidungsmerkmal — daß dort nur ein Umstand als wahr angenommen werden, nicht aber auch Etwas als Recht gelten soll, hier hingegen Etwas als Recht gelten, nicht auch ein Umstand als wahr angenommen werden soll — tritt nicht überall da, wo uns im Recht eine Präsumtion begegnet, so scharf hervor und ist auch nicht überall da, wo wir von einer civilistischen Präsumtion sprechen können, in dieser Schärfe vorhanden.

Daß im römischen Recht processualische Grundsätze Einfluß auf das materielle Recht haben, ist bekannt. Ich brauche nur zu erinnern an die Bestimmung der l. 14. C. de contr. stip. 8. 38.: der in einer Urkunde bezeugte Abschluß einer Stipulation gilt durch die Urkunde als bewiesen, wenn nicht vom Gegner der Beweis des Alibi erbracht wird; daraus entstand der materielle Rechtssatz, daß unter Personen, die an demselben Ort anwesend sind, Stipulationen schriftlich abgeschlossen werden können. Ebenso liegt in der durch dieselbe Constitution eingeführten processualischen Bestimmung, daß, wenn bei Abschluß eines Contracts durch einen Sclaven letztrer im Vertragsinstrument als Sclave desjenigen, dem die Forderung zugedacht war, angeführt sei, dies schlechthin angenommen werden solle, der materielle Rechtssatz, daß man sich bei Abschließung schriftlicher Verträge durch fremde Sclaven vertreten lassen kann [2]). — Daß dieser Einfluß processualischer Bestimmungen auf das materielle Recht heutzutage noch besteht, ist nicht zu bezweifeln; uns interessirt er hier nur in Bezug auf die Präsumtionen. Wenn der Schuldner die Voraussetzung der in l. 24. h. t. enthaltenen Präsumtion, das chirographum cancellatum, dargethan hat, damit also die Anwendbarkeit dieser processualischen Präsumtion feststeht, und hiergegen kein Gegenbeweis geführt wird, so hat das die materiellrechtliche Folge, daß der Schuldner nun in der That befreit ist (praesumtione liberatus); wenn Kläger, der die Eigenschaft als Sohn des X. für sich in Anspruch nimmt, nachweist, daß er im 7. Monat nach Eingehung der Ehe geboren ist, so hat

[2]) Cfr. Ihering in seinen und Gerber's Lehrb. f. Dogm. Bd. II. pag. 92. 93.

er infolge der Präsumtion den Beweis erbracht, daß er in der Ehe erzeugt ist, und die materiellrechtliche Folge ist seine Eigenschaft als eheliches Kind. — Ob bei Aufstellung dieser processualischen Präsumtion diese materiellrechtliche Folge mit ausgesprochen ist, wie in den beiden oben erwähnten Fällen [3]), oder ob im Gesetz nur die Vorschrift enthalten ist, einen Umstand als wahr anzunehmen, mit dem eben dann nach anderweit feststehenden Grundsätzen von selbst eine materielle Folge eintritt, das ist für das Wesen dieser processualischen Präsumtionen gleichgiltig. Die Präsumtion, daß, wenn Eltern mit Kindern zusammen in gemeinsamer Gefahr sterben, das unmündige Kind als vor, das mündige als nach den Eltern gestorben angenommen wird, die Präsumtion des Todes eines Verschollenen u. s. w. unterscheidet sich in nichts von jenen beiden. Die rechtliche Folge des Todes bezüglich des früheren oder späteren Todes, die Erbfolge oder ein anderes durch Gesetz oder Privatbestimmung davon abhängig gemachtes Recht, bedarf keiner besonderen Anerkennung und keines besondern Hervorhebens. — Insofern also, als es sich im Proceß nur um den Beweis solcher Thatsachen handelt, die das geltend gemachte Recht zu begründen oder aufzuheben im Stande sind, die also überhaupt eine rechtliche Folge haben, kann man der processualischen Präsumtion, die diesen Beweis ersetzt, auch den Character einer materiellen zusprechen. Recht deutlich tritt dies schon in l. 3. C. de apoch. publ. 10. 22. hervor. Si trium sibi cohaerentium annorum apochas securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogitur ostendere d. h. er ist frei vom Beweise; neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coarctetur, nisi forte etc., d. h. er braucht nicht zu zahlen, wenn nicht Gegenbeweis geführt wird. Nirgends hat aber dieser Gedanke einen schärferen Ausdruck erhalten, als von Justinian im Institutionentitel de litterarum obligatione 3. 21. Ein über den Empfang eines Darlehns ausgestellter Schuldschein ist zwei Jahre lang nicht beweisend, dafür soll er aber nach zwei Jahren eine solche Beweiskraft haben, daß der Gegenbeweis des Nichtempfangs

[3]) l. 24. h. t.: debitor praesumtione liberatus videtur; l. 12. de statu hom.: credendum est — iustum filium esse.

nicht zulässig ist. Das ist dem Erfolg nach gerade so, als wenn gesagt wäre, nach 2 Jahren wird der Aussteller durch den Schuldschein verpflichtet. Denn da der Beweis des Nichtempfangs nichts hilft, so kann man es auch so ansehen als sei die scriptura das Obligirende. Das betont auch Justinian: Sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur.[4]) —

Auf der anderen Seite ist der Zusammenhang der materiellen Präsumtionen mit dem Proceß unverkennbar. Der Umstand, daß wegen der Wahrscheinlichkeit, wegen der Annahme einer Thatsache durch den Gesetzgeber, eine rechtliche Bestimmung getroffen ist, hat einen Einfluß auf die Beurtheilung und Geltung dieses materiellrechtlichen Satzes, oder kann wenigstens einen Einfluß haben, insofern als unter gewissen Voraussetzungen der Nachweis der Unwahrheit des als wahrscheinlich Angenommenen eine Anwendung desselben im concreten Fall ausschließt. — Ich sagte: dieser Umstand kann einen Einfluß haben[5]), denn er hat ihn keineswegs in allen diesen Fällen, und wo er ihn hat, ist der Einfluß nicht immer derselbe. Gegenüber der l. ult. § 1. C. ad S. C. Maced. ist gar kein Gegenbeweis zulässig, gegenüber der Bestimmung der Nov. 136. cap. 2 oder der l. 2. ad. S. C. Trebell. 36. 1. und gegenüber der l. ult. C. in quib. caus. pign. vel. hyp. tac. contr. 8. 15. ist ein solcher im weiteren Sinne statthaft, aber er ist ganz verschieden geartet in dem einen und in dem andern Fall. — Um dieser Verschiedenheiten willen müssen wir auf das Wesen dieser materiellen Präsumtionen näher eingehen, dessen Erörterung uns zeigen wird, in welchen Fällen und inwiefern von einem solchen Einfluß die Rede sein kann.

---

[4]) Umgekehrt gilt ja auch das, was nicht bewiesen ist, als rechtlich nicht existent, selbst wenn es in Wahrheit existirt. Cfr. z. E. l. 8. § 1. de procur. 3. 3. — invitum (scil. procuratorem) accipere debemus non eum tantum, qui contradicit, sed eum quoque, qui consensisse non probatur.

[5]) Nämlich dann insbesondere, wenn die Wahrheit des angenommenen Umstands Voraussetzung für die Anwendbarkeit der rechtlichen Bestimmung im concreten Fall ist. Cfr. § 20. 21.

## II. Die materiellen Präsumtionen insbesondere.

### §. 20.

### 1. Die Annahme eines Umstandes als bloses Motiv für eine materiellrechtliche Bestimmung. Legislatorische Vermuthung.

Es bildet also hier bei den materiellen Präsumtionen die Annahme eines Umstands nicht den Inhalt eines Rechtssatzes, es wird nicht bestimmt, daß ein Umstand ohne Beweis angenommen werden solle, sondern es wird, weil ein Umstand als wahr angenommen wird, ein materieller Rechtssatz aufgestellt.

Allen den einzelnen Fällen dieser materiellen Präsumtionen ist gemeinsam, daß das Angenommene keines Beweises bedarf, eine Eigenschaft, die sie mit den processualischen Präsumtionen theilen. Hingegen nicht für alle gleich ist die Beantwortung der Frage, ob Gegenbeweis zulässig ist und eventuell wie er beschaffen sein muß. Diese Frage hängt zusammen mit der andern, welcher Einfluß dieser Annahme bei Aufstellung des einzelnen Rechtssatzes zugekommen ist. Es müssen hierbei vor allen Dingen zwei Hauptfälle unterschieden werden. Entweder ist die Annahme bloses Motiv gewesen für Aufstellung des Rechtssatzes, oder die Annahme bezüglich die Richtigkeit des Angenommenen ist Voraussetzung für dessen Anwendung im concreten Fall. Es ist dies eine Unterscheidung, die bei den processualischen Präsumtionen einfach deßhalb nicht in Betracht kommt, weil dieselbe nur von Einfluß ist auf die Frage, ob Gegenbeweis zulässig ist oder nicht, bei ihnen aber diese Frage sich schon aus ihrem Wesen bejahend beantwortet. Das Motiv der Aufstellung solcher processualischer Präsumtionen kann die Annahme sein, daß es wahrscheinlich so sei, obgleich, wie wir später sehen werden, das Erforderniß der Wahrscheinlichkeit nicht wesentlich ist; jedenfalls ist aber die Voraussetzung für den einzelnen Fall, daß es so sei, d. h. sie kommen nicht absolut, ohne alle Rücksicht auf Wahrsein oder Unwahrsein des angenommenen Umstands, zur Anwendung, sondern sie fallen hinweg, wenn nachgewiesen wird, daß es in Wahrheit nicht so sei; insofern ist die Wahrheit des Angenommenen Voraussetzung für ihre Geltung in einem concreten Proceß, aber bis zu diesem Nachweis gilt das Präsumirte als wahr. Eine

andre Frage ist dann wieder die, welches die Voraussetzungen, die Prämissen einer einzelnen Präsumtion sind, worauf sich also der Gegenbeweis zu richten hat, wenn man nicht direct das Unzutreffende der gesetzlichen Annahme im concreten Fall, das Anderssein trotz der gesetzlichen Annahme, sondern das Fehlen der Voraussetzungen, an welche die gesetzliche Annahme geknüpft ist, das Nichtplatzgreifen der gesetzlichen Bestimmung wegen Mangels der factischen Prämissen, nachweisen will. —

Sprechen wir nun zunächst von den materiellen Rechtssätzen der ersten Art. Die Annahme eines Umstands ist für den Gesetzgeber lediglich der Grund und die Veranlassung gewesen, eine gewisse Bestimmung zu erlassen. Der Rechtssatz würde gar nicht aufgestellt worden sein oder würde, was dasselbe sagt, nicht diesen Inhalt erhalten haben, wenn nicht der Gesetzgeber von dieser Annahme ausgegangen wäre. Aber es ist diese Annahme nur das Motiv für die Entstehung des Rechtssatzes, es ist nicht auch die Richtigkeit der Annahme die Voraussetzung für dessen Bestehn d. h. für dessen Anwendung im einzelnen Fall. Daß von der Richtigkeit des Motivs nicht die Geltung des Gesetzes überhaupt abhängt, versteht sich von selbst. Ein Gesetz des Inhalts, daß Frauen erst mit dem vierzigsten Jahr vollkommen handlungs- und dispositionsfähig seien, weil ihnen früher nicht die gehörige Ueberlegung zugetraut werden könne, würde trotz der Verkehrtheit des Grundes dennoch befolgt werden müssen; die natio servi muß, wenn der Verkäufer sich nicht den ädilitischen Klagen aussetzen will, beim Verkauf doch angegeben werden, wenn auch die Annahme, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est [1]), unbegründet ist. Wenn ich also sage, daß die Richtigkeit der Annahme nicht auch Voraussetzung für das Bestehn des Rechtssatzes sei, so kann das im Gegensatz zu den im folgenden Paragraphen zu besprechenden Fällen nur heißen, daß seine Anwendung im einzelnen Fall nicht dadurch bedingt ist, daß das im Allgemeinen Angenommene auch in diesem Fall zutreffe, und daß

[1]) l. 31. §. 21. de aed. ed. 21. 1.

man die Nothwendigkeit und Zulässigkeit der Subsumtion dieses Falls unter den betreffenden Rechtssatz nicht etwa deßhalb bestreiten darf, weil im Allgemeinen wohl die Annahme eine richtige sein möge, in dem concreten Fall aber entschieden falsch sei. — Man kann hier von legislatorischen Vermuthungen sprechen.

Von den oben angeführten Stellen sind es l. ult. §. 1. C. ad S. C. Maced. und Nov. 22. cp. 35., die diesen Character tragen. Einmal ist es nicht die Wahrscheinlichkeit selbst, die hier als bindende Norm aufgestellt und sanctionirt wird, und nach der der Richter zu urtheilen hätte, sondern er hat nur den dispositiv ausgesprochenen Rechtssatz zu befolgen; und dann kommt dem Motiv dieser Bestimmung, die ihrer selbst wegen getroffen ist, eine rechtliche Bedeutung nicht zu; auf das Wahr- oder Unwahrsein des für wahr angenommenen Umstands kommt nichts an. So würde der Beweis, daß in einem concreten Fall das von einem filiusfamilias miles geliehene Geld zu einem andern als einem castrensischen Zweck verwandt worden sei, den Beklagten nicht gegen die Klage des Gläubigers schützen, weil die Haftung des Soldaten aus dem Darlehn ganz absolut ausgesprochen und keineswegs von der Voraussetzung der Verwendung des Geldes zu diesem Zweck — welcher Umstand etwa nur als wahrscheinlich ohne Beweis angenommen würde — abhängig gemacht ist. Ebensowenig würde die mater binuba eine Schenkung widerrufen können, weil sie etwa bewiese, daß sie in der That propter ingratitudinem revocire.

Noch viel häufiger sind die Rechtssätze, deren Veranlassung und Grund eine derartige Annahme gewesen ist, ohne daß dabei gerade das Wort praesumtio gebraucht, ja ohne daß der Grund im Gesetz besonders angegeben ist.

Das S. C. Velleianum gewährt den Frauen in einer gewissen Richtung Schutz, bezüglich beschränkt sie in ihrer Handlungsfähigkeit propter sexus imbecillitatem, es erklärt aber nur ihre Intercession für unzulässig, nicht auch eine Schenkung, quia facilius mulier se obligat quem alicui donat[2]). Wenn der

[2]) l. 2. §. 2. ad S. C. Vellei. 16. 1. — l. 4. §. 1. eod.

Gläubiger, für dessen Forderung eine Intercession von Seiten einer Frau erfolgt ist, auch nachweisen wollte, daß auf diese Frau die Annahme des Senatusconsults nicht passe, daß in ihrem Character nichts weniger als weibliche Schwäche liege, so würde doch dadurch eine Ausschließung der Anwendung des Senatusconsults nicht begründet werden. — Das Edict, worin der Prätor den minores XXV annis Hilfe verheißt, ist aufgestellt worden, weil inter omnes constat, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatis consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum [3]); sie stehen bis zur Volljährigkeit unter der Leitung eines Curators und es wird ihnen die eigne Verwaltung ihres Vermögens nicht überlassen, sollte auch ein Minor nachweisen, daß er zur selbständigen Führung aller Vermögensangelegenheiten vollständig fähig sei [4]). — Der Grund, warum der Prätor gegen die nautae, caupones et stabularii ein weiter gehendes Rechtsmittel gab als die aus einem Mieth- oder andern ähnlichen Vertrag zustehenden, war die cura reprimendae improbitatis hoc genus hominum [5]), aber der Nachweis des beklagten Gastwirths, daß er ein vollkommen ehrenwerther Mann sei, würde ihn von seiner Haftpflicht nicht befreien. — Die Mutter darf Vormünderin ihrer Kinder nur so lange sein, bis sie zur zweiten Ehe schreitet, weil angenommen wird, daß maternus affectus non amplius permanere [6]); der Vater darf die ehebrecherische Tochter tödten, hingegen nicht der Mann, quod plerumque pietas paterni nominis consilium capit pro liberis [7]); nach l. ult. pr. C. de cur. fur. 5. 70. wird dem furiosus, dessen Vater noch lebt, kein besondrer Curator bestellt, sondern der Vater leitet die Verwaltung des Vermögens; quis enim talis affectus inveniatur, ut vincat

[3]) l. 1. pr. de min. 4. 4.

[4]) l. 1. §. ult. eod.

[5]) l. 3. §. 1. nautae, caup. 4. 9. — Ähnlich ist die l. 7. §. 1. C. de J. F. 10. 1.

[6]) Auth. Matri et aviae und Auth. Sacram. C. quando mulier officio tut. 5. 35. Cfr. auch l. 22. C. de adm. tut. — plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt.

[7]) l. 22. §. 4. ad l. Jul. de adult. 48. 5.

paternum? In allen diesen und ähnlichen Fällen kann von einem Beweis, daß es sich anders verhalte, nicht die Rede sein, eben weil die Annahme, daß es sich so verhalte, lediglich das Motiv für die Aufstellung des Rechtssatzes gewesen ist und dieses Motiv gegenüber dem einmal bestehenden Rechtssatz gar nicht in Betracht kommt. —

Aber die Fälle, wo die Vermuthung Grund eines Gesetzes ist, ohne Voraussetzung für dessen Geltung im einzelnen Fall zu sein, sind, trotz dieses gemeinsamen Momentes, doch nicht alle von gleicher Natur. In manchen Fällen, wie in den eben besprochenen, ist ein Gegenbeweis jeder Art absolut unstatthaft; in andern hingegen macht der Rechtssatz auf solche absolute Geltung nicht Anspruch, es ist unter Umständen ein Gegenbeweis im weiteren Sinn zulässig, d. h. zwar nicht der Beweis, daß die Annahme, welche das Motiv für die Aufstellung des Rechtssatzes gewesen ist, im concreten Fall nicht richtig sei, aber der Nachweis, daß wegen des Vorhandenseins gewisser Umstände die rechtliche Norm im concreten Fall nicht anwendbar, daß hier eine Ausnahme von der rechtlichen Norm selbst begründet sei. Die Unterscheidung dieser beiden Arten von Fällen hängt zusammen mit dem auf den Character der Rechtsnormen sich beziehenden Unterschied von ius cogens nnd ius dispositivum, einem Unterschied, der insofern hierher gehört, als unzweifelhaft ein Satz des ius cogens sowohl wie des ius dispositivum seine Entstehung einer derartigen Annahme des Gesetzgebers verdanken, also unter den Begriff einer legislatorischen Vermuthung fallen kann. Bei diesem Unterschied müssen wir einen Augenblick verweilen.

Man pflegt den ganzen Kreis der auf die utilitas singulorum bezüglichen Rechtssätze einzutheilen in dispositive, vermittelnde, ergänzende auf der einen und zwingende, absolute auf der andern Seite. Letztere schreiben, mögen sie ge- oder verbieten, absolut und zwingend vor, daß das, was sie aussprechen, gelten solle, so daß eine Aenderung durch Privatwillkür nicht denkbar ist, indem eine solche eine Aenderung des objectiven Rechts selbst wäre (ius publicum privatorum pactis mutari nequit); erstere prätendiren nicht solche

absolute ausschließliche Geltung. Es giebt Verhältnisse, deren Regulirung der Willkür der Privatpersonen vollkommen überlassen bleibt, so daß sie durch Selbstbestimmung ihren Verhältnissen legem dicere possunt, wonach dann diese Verhältnisse zu beurtheilen sind. Das Recht wäre aber ein höchst unvollständiges, wenn dasselbe von der Aufstellung eines solchen Privatgesetzes durch die Parteien es abhängen lassen wollte, ob für diese Verhältnisse überhaupt eine zu ihrer Beurtheilung maßgebende Norm bestände, es muß daher in subsidium eine Norm enthalten für den Fall, daß die Privatpersonen von der ihnen zustehenden Befugniß der Selbstbestimmung keinen Gebrauch gemacht haben. — Ob ein Rechtssatz der einen oder der andern Classe angehört läßt sich immer nur aus der Fassung und dem Character desselben erkennen; die Beantwortung dieser Frage wird im einzelnen Fall selten Schwierigkeiten machen. So wird man nicht zweifeln daß die Bestimmung: Schenkungen über 500 solidi bedürfen der gerichtlichen Insinuation, ein filiusfamilias kann nicht mit Vollwirksamkeit ein Gelddarlehn aufnehmen, ein Kauf ist erst perfect wenn die Contrahenten über Waare und Preis sich geeinigt haben ꝛc. einen zwingenden, die Bestimmung, daß gewisse Personen in den Nachlaß eines Verstorbenen succediren, daß nach Abschluß eines obligatorischen Vertrags, si dies non ponitur, praesenti die debetur ꝛc., einen dispositiven Character hat. — Da nun der dispositive Rechtssatz lediglich an die Stelle der fehlenden Privatnormirung tritt, so ist es natürlich, daß er häufig so gestaltet wird, wie es dem wahrscheinlichen Willen der Parteien am entsprechendsten ist; daher wird häufig bei derartigen Rechtssätzen auf den vermuthlichen Willen ausdrücklich oder stillschweigend Bezug genommen und das Motiv, einen Rechtssatz gerade dieses Inhalts aufzustellen, ist eben die Vermuthung, daß damit dasjenige ausgesprochen sei, was die Parteien wahrscheinlich selbst gewollt haben und was sie, wenn sie eine Bestimmung getroffen hätten, wahrscheinlich selbst bestimmt haben würden. — Daß aber auch absolute Rechtssätze infolge einer solchen Annahme aufgestellt werden, haben wir an den oben angeführten Beispielen zur Genüge gesehen.

Es kann also bei den dem ius cogens wie bei den dem

ius-dispositivum angehörigen Rechtssätzen in gleicher Weise eine solche Vermuthung der Grund und die Veranlassung ihrer Aufstellung sein. Dadurch werden aber die materiell verschiedenen Grundsätze, die bei beiden nach ihrem Character gelten, nicht aufgehoben, ein Beleg dafür, daß diesem Motiv an sich gegenüber dem einmal bestehenden Rechtssatz eine Bedeutung nicht zukommt. Und so ist namentlich bei der Frage, ob überhaupt ein Gegenbeweis im weitern Sinn gegen einen solchen materiellen Rechtssatz, für dessen Entstehung die Vermuthung Grund und Veranlassung gewesen ist, zulässig sei, der Unterschied zwischen ius cogens und ius dispositivum von wesentlicher Bedeutung. In den Fällen, die dem ius cogens angehören, ist überhaupt ein Gegenbeweis nach keiner Richtung hin denkbar; denn der Rechtssatz gilt hier absolut. Die Sätze des ius dispositivum hingegen lassen ihrem Begriff nach, da sie ja nicht absolut für jeden Fall gelten sollen, den Beweis zu, daß die rechtliche Norm im concreten Fall nicht anwendbar sei. Dieser Gegenbeweis — wie man den Nachweis in einer allgemeineren Bedeutung wohl nennen kann — ist aber hier, wo die Annahme nur Motiv für die Entstehung des Rechtssatzes ist, vollständig anders geartet, als in dem folgenden Fall (§. 22.), wo die Annahme Voraussetzung ist. Ueberall da nämlich, — um diesen Gegensatz in aller Schärfe zu bezeichnen — wo eine solche Annahme nur der Grund einer Bestimmung ist, nicht auch das Sosein des Angenommenen die Voraussetzung für die Geltung, überall da ist ein Gegenbeweis, daß das Angenommene nicht so sei, unzulässig. Das gilt nicht blos für die dem ius cogens angehörigen Sätze, bei denen dies wegen der gänzlichen Unzulässigkeit des Gegenbeweises einer besondern Hervorhebung nicht bedarf, sondern in gleicher Weise auch für die Dispositivvorschriften. Weil mit gewissen Forderungen gewöhnlich Pfandrechte verbunden werden, wie z. E. für die Forderungen des Vermiethers gewöhnlich die Invecten und Illaten des Miethers verpfändet zu werden pflegten, und das Gesetz diesen Verpfändungswillen als wahrscheinlich annimmt, ist bestimmt, daß dem Vermiether an diesen Objecten ein Pfandrecht zustehen solle. Würde der Nachweis des Nichtvorhandenseins dieses Willens, der Nicht-

erklärung desselben, bewirken, daß diese Sachen dem Pfandnexus nicht unterlägen? Gewiß nicht! Wenn ein Erblasser, mit Ausschließung seines nächsten Intestaterben, zwei Extranei zu Erben einsetzt, so ist wahrscheinlich sein Wille, daß, wenn der Eine nicht Erbe werden kann oder will, der Andere die ganze Erbschaft bekommen soll, darum — wenn auch nicht allein darum — bestimmt das Gesetz, es solle diesem die Portion des Wegfallenden accresciren. Der Beweis, der Testator habe nicht positiv diesen Willen gehabt, würde das Accresciren der Portion des Wegfallenden nicht hindern. — Da, wo eine solche Bezugnahme auf den wahrscheinlichen Willen oder einen andern wahrscheinlichen Umstand nicht ausgesprochen, sondern die rechtliche Folge unmittelbar an eine Thatsache geknüpft ist, leuchtet das sogleich ein. Wenn gesagt wird: „vom Augenblick der Perfection des Kaufvertrags geht das periculum auf den Käufer über, der Verkäufer haftet für Eviction, die Portion des wegfallenden testamentarischen Erben accrescirt seinem Miterben u. s. w.", wird Niemand ein Nichteintreten dieser Folge zulassen auf Grund der Argumentation: „der Wille der Parteien oder des Erblassers, daß dies so sein solle, dessen Annahme für den Gesetzgeber ein Motiv gewesen ist, eine derartige Folge mit dem Rechtsgeschäft zu verbinden, war in Wahrheit nicht vorhanden". Daß die Parteien selbst eine andere Bestimmung getroffen haben würden, wenn sie sich ihres Selbstbestimmungsrechts bedient hätten, ändert jetzt, da sie sich dieses Rechts nicht bedient haben, an der Geltung des Rechtssatzes nichts. Die Bestimmung lautet nicht: „wenn eure Intention hiermit getroffen ist, soll das und das als Recht gelten", sondern: „für den Fall, daß ihr selbst nichts bestimmt habt, tritt die und die rechtliche Folge ein". Mit dem Vorliegen des im Gesetz vorausgesetzten Verhältnisses hat dieses seine rechtliche Norm; das Nichtbestimmen der Parteien gewährt dem Gesetz Raum, nicht der Wille der Parteien, daher kann, wenn einmal der Anwendung der Rechtsvorschrift Platz gegeben ist, dieser Wille nicht mehr in Betracht kommen. — Aber auch der Umstand, daß die Vermuthung im Gesetz als Grund angegeben wird, oder daß gar die rechtliche Bestimmung selbst im Gewand der Vermuthung auftritt — z. E.

weil als Wille der einen Kauf abschließenden Parteien angenommen wird, daß Käufer die Gefahr trage, geht mit Abschluß des Vertrags die Gefahr auf ihn über; oder: es wird als Wille der Parteien angenommen, daß Käufer die Gefahr trage; es wird vermuthet, daß Verkäufer für Eviction hafte u. s. w.", — ändert an diesen Grundsätzen nichts.

Bei denjenigen Rechtssätzen also, für welche eine Vermuthung das Motiv der Aufstellung gewesen ist und welche nicht zwingender, absoluter Natur sind — denn gegenüber den Sätzen des ius cogens kann überhaupt von einem Gegenbeweis in keiner Weise die Rede sein — ist nicht der Beweis, daß das Angenommene, woran die rechtliche Folge geknüpft ist, nicht so sei, sondern nur der Beweis, daß die rechtliche Folge ausgeschlossen sein solle nach dem Willen der Parteien, nicht der Beweis der Negation, daß dieser Wille nicht da sei, sondern nur der Beweis der Affirmation, daß ein anderer Wille da sei, zulässig und von rechtlicher Bedeutung. Gegenüber dem Rechtssatz, der das Pfandrecht des Vermiethers an den Invecten und Illaten oder die Haftpflicht des Verkäufers für Eviction ausspricht, kann Beklagter, gegen den auf Grund dieses Rechtssatzes ein Anspruch erhoben wird, nur den Nachweis führen, daß durch übereinstimmende Willenserklärung die Anwendung dieses Rechtssatzes ausgeschlossen worden sei, daß der Vermiether auf das Pfandrecht, der Käufer auf den Regreßanspruch verzichtet habe.

## §. 21.

### 2. Die Annahme eines Umstands als Voraussetzung für den Rechtssatz. Materielle Präsumtion i. e. S.

Wir kommen nun zu dem zweiten der im vorigen Paragraphen erwähnten beiden Hauptfälle der materiellen Präsumtionen, welcher den Gegensatz zu dem eben besprochenen ersten Fall bildet. Bei der Aufstellung eines materiellen Rechtssatzes ist die Annahme eines Umstands nicht lediglich der Grund und die Veranlassung dieser Aufstellung gewesen, nicht blos das Motiv für die Existenz der Norm überhaupt, sondern die Annahme bezüglich das Richtigsein des Angenommenen ist wirklich Voraussetzung für die

Anwendbarkeit der Vorschrift im einzelnen Fall. Auch hier ist eine rechtliche Folge eines zufälligen Ereignisses oder einer Willenserklärung ausgesprochen, aber die Folge ist vermittelt durch die Annahme dieses Umstands, die Existenz desselben ist die conditio sine qua non für den Eintritt der Folge, und diese Existenz wird nur präsumirt, wird ohne den nach den gewöhnlichen Beweisregeln erforderlichen Beweis angenommen.

Diese Rechtssätze können dem ius cogens nach dessen Begriff und Wesen nicht angehören. Die Annahme eines Umstands kann wohl die Veranlassung für Aufstellung eines absolut geltenden Rechtssatzes sein, aber nie die Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit im einzelnen Fall, sonst wäre er eben nicht absolut geltend, nicht ius cogens. Nur beim ius dispositivum können die beiden Fälle vorkommen, daß die Annahme blos Motiv und daß sie auch wirklich Voraussetzung ist; und hier ist diesen beiden Fällen gemeinsam das negative Merkmal, daß sie nicht absolut geltend sind, daß sie einen Gegenbeweis nicht ausschließen. Aber die Fälle der letzten Art, wovon wir jetzt zu sprechen haben, sind, so zu sagen, noch mehr dispositiv als jene. Sie lassen den Gegenbeweis nicht nur in einem weitern Sinn, nämlich so zu, daß nachgewiesen werden kann, es sei durch eine selbständige Thatsache die rechtliche Folge ausgeschlossen worden, sondern der Gegenbeweis kann sich direct gegen das Wahrsein des angenommenen Umstands richten. Da von dem Wahrsein des Angenommenen im concreten Fall der Eintritt der rechtlichen Folge abhängt und dieses Wahrsein nur präsumirt wird, so muß der Nachweis, daß das Angenommene im vorliegenden Falle unwahr sei, nothwendig den Eintritt der Folge hindern.

Als Beleg und zugleich als Erläuterung können wir die allerdings nicht glossirte, aber zu diesem Zwecke doch brauchbare Novelle 136. cap. 2., in Verbindung mit l. 27. C. de pign. 8. 14[1]) benutzen. Es wird hier der Rechtssatz zu Gunsten der Argentarii aufgestellt, der vorher schon zu Gunsten ihrer Gläubiger bestand, daß ihnen nämlich an der von ihrem Schuldner nach Abschluß

---

[1]) Cfr. oben §. 14.

des Darlehnscontracts gekauften Militia ein Pfandrecht zustehen solle. Hier ist die Voraussetzung, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch offenbar, daß der Schuldner mit dem dargeliehenen Geld die Militia gekauft habe, und diese Thatsache wird nur vom Gesetz ohne besondern Beweis angenommen. Es liegt also in diesem Falle nicht eine unmittelbare Verbindung der rechtlichen Folge (Pfandrecht an der später erworbenen Militia) mit dem Rechtsgeschäft (Darlehn) vor, sondern beide sind durch ein Mittelglied mit einander in Beziehung gesetzt: es wird vom Gesetzgeber eine Thatsache präsumirt (wenn ein Darlehn gegeben und später eine Militia gekauft ist, so ist die Militia mit dem dargeliehenen Geld gekauft) und mit derselben eine rechtliche Folge verknüpft (Pfandrecht an der Militia), so daß die präsumirte Thatsache specielles Substrat für die rechtliche Folge ist, indem ohne das Vorhandensein dieser weitern nur ohne Beweis angenommenen Thatsache die Folge gar nicht eintreten würde.

In den Fällen der ersten Art, wo die Vermuthung nur Motiv ist, ist dies, wie wir gesehen haben, ganz anders. Diese Verschiedenheit begründet nothwendig auch eine Verschiedenheit im Gegenbeweis, soweit natürlich derselbe überhaupt zulässig ist. Dort ist der Beweis des Gegentheils der Beweis einer selbständigen Thatsache, nämlich der Beweis, daß die Parteien von der ihnen gestatteten Selbstbestimmung, von der ihnen nachgelassenen Ausschließung des ohne diese Ausschließung von selbst und ohne besondere Erklärung platzgreifenden Rechtssatzes Gebrauch gemacht haben; hier ist es der Beweis, daß die vom Gesetzgeber angenommene Thatsache, die Voraussetzung für die ausgesprochene rechtliche Folge, in Wahrheit nicht stattgefunden habe, der Beweis, daß der Schluß (wenn nach empfangenem Darlehn eine Militia gekauft ist, ist sie mit dem geliehenen Geld gekauft) im concreten Fall unbegründet sei, also nicht der Beweis einer selbständigen Einredethatsache, sondern der Beweis des Nichtwahrseins einer zur Klagbegründung gehörigen, vom Gesetzgeber aber ohne directen Beweis als wahr angenommenen Thatsache. Dort heißt es z. E. nicht: „wenn ein Kauf abgeschlossen ist, wird angenommen, daß die Haftung des Verkäufers für Eviction verabredet sei“, so daß

etwa der Gegenbeweis, diese Verabredung sei nicht getroffen worden, etwas nützte, sondern kraft gesetzlicher Bestimmung geht aus dem Kaufabschluß diese rechtliche Folge hervor und nur der Beweis, daß vereinbart sei, Verkäufer solle nicht für Eviction haften, kann die Bestimmung des Dispositivgesetzes außer Anwendung setzen. Hier hingegen ist umgekehrt die Fassung: „wenn ein Darlehn gegeben und dann eine Militia gekauft ist, wird diese als mit dem dargeliehenen Geld gekauft angenommen und darum wird dem Gläubiger ein Pfandrecht daran eingeräumt"; es heißt nicht ohne Weiteres: „wenn Darlehn gegeben und Militia gekauft ist, hat Gläubiger ein Pfandrecht", so daß etwa blos der Beweis noch zulässig wäre, es sei vom Gläubiger auf das Pfandrecht Verzicht geleistet worden. —

Es gehört in diesen Fällen ein Umstand zur Voraussetzung der rechtlichen Folge, aber der Umstand wird präsumirt. Dieser ohne Beweis angenommene Umstand ist in den weitaus meisten Fällen der Wille der Contrahenten bezüglich der Wille des eine Disposition Treffenden. Von diesen Präsumtionen des Willens und der Beschaffenheit des gegen sie zu führenden Gegenbeweises werden wir später noch ausführlich zu sprechen haben [2]). Hier genügt es, als dahin gehörige Fälle zu nennen die präsumirte ademtio legati wegen später ausgebrochener Todfeindschaft zwischen Erblasser und Legatar, die sogen. substitutio vulgaris und pupillaris tacita, und die Bestimmung der l. 102. de C. et D. 35. 1., daß wenn der Testator seinem Descendenten die Restitution der Erbschaft an einen Dritten für den Fall seines Todes aufgelegt hat, dies verstanden werden soll unter der Bedingung, wenn er ohne Kinder versterbe. — Auch der Unterschied, daß die gesetzliche Annahme eines Willens entweder auf der Interpretation einer Willenserklärung beruht oder nicht, soll hier nur erwähnt werden; das erstere ist natürlich nur da möglich, wo überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, also etwas Auszulegendes existirt; bei der ademtio legati wegen Todfeindschaft z. E. kann

---

[2]) Cfr. unten §. 30. und §. 32.

von Interpretation keine Rede sein. Wir werden später in einem größern Zusammenhang diese Fragen erörtern müssen [3]).

## §. 22.

### 3. Wie erkennt man, ob die Annahme lediglich Motiv oder ob sie Voraussetzung für den Rechtssatz ist?

Die im §. 20. besprochenen Rechtssätze, die blos legislatorischen Vermuthungen, wo die Annahme nur Grund, nicht auch Voraussetzung ist, bieten hier eine besondere Veranlassung für eine weitere Besprechung nicht dar. Oft ist es fraglich, ob eine solche Annahme wirklich das Motiv für Aufstellung des Rechtssatzes gewesen ist, und auch wenn dies ausgesprochen ist, können doch andere nicht genannte Gründe mitgewirkt haben. Gegenüber dem einmal feststehenden Rechtssatz ist das Motiv seiner Entstehung irrelevant. Nur der Unterschied kommt bei ihnen in Betracht, ob sie dem ius cogens oder dem ius dispositivum angehören; im erstern Fall ist ein Gegenbeweis absolut unzulässig, im letztern ist eine Ausschließung durch Privatwillkür, durch selbständige Willenserklärung gestattet. Wenn man nun auch hier den Sprachgebrauch, der sich zur Bezeichnung dieser Fälle oft des Wortes Präsumtion bedient, ebensowenig als ganz verwerflich bezeichnen kann, wie den oben (§. 18.) erwähnten, schon darum, weil die Quellen selbst hier dieses Wort gebrauchen, so muß man doch festhalten, daß weder die Dispositivnormen noch die absolut geltenden Rechtssätze, die sich auf eine solche Annahme zurückführen lassen, Präsumtionen von selbständiger Bedeutung sind [1]). Nur diejenigen Rechtssätze, bei welchen die Annahme wirklich Voraussetzung für die rechtliche Folge ist, sind eigenartige materielle Rechtssätze, wie nur diejenigen processualischen Präsumtionen, die gegenüber den einmal feststehenden Beweisprincipien und gegenüber der einmal nach diesen Principien erfolgten Vertheilung der Beweislast einen Einfluß haben, eigenartige processualische Rechtssätze sind.

---

[3]) Cfr. unten §. 28.

[1]) Ueber die Berechtigung, im letztern Fall insbesondere von praesumtiones iuris et de iure zu sprechen, §. 36.

Es entsteht aber nun die Frage: wann ist die Annahme eines Umstands nur Veranlassung und Grund einer materiell rechtlichen Bestimmung, wann ist sie Voraussetzung für die Anwendung derselben im einzelnen Fall; wie erkennt man, ob ein Rechtssatz der einen oder der andern Classe angehört, welches sind die characteristischen Unterscheidungsmerkmale? Diese Frage läßt sich — so wenig wie die, ob eine Norm zwingender oder dispositiver Natur sei — nicht im Allgemeinen beantworten, es wird dazu stets eine Untersuchung des einzelnen Falls nöthig sein, indem nur der Inhalt und Character des einzelnen Rechtssatzes darüber Aufschluß geben kann. In manchen Fällen ist die Beantwortung leicht. So wird man bei der Bestimmung, daß die Intercession der Frauen ungiltig ist und ihnen durch das Senatusconsult Hilfe geleistet wird propter sexus imbecillitatem, bei der Bestimmung, daß Minderjährige einen Curator haben müssen wegen des fragile et infirmum consilium huius aetatis, daß nautae, caupones et stabularii einer strengen Haftpflicht für die inferirten Sachen unterliegen wegen der improbitas huius generis hominum, nicht zweifeln, daß die betreffende Annahme nur das Motiv des Rechtssatzes ist, wie man umgekehrt bei der Bestimmung der Nov. 136. cap. 2., hinsichtlich des Pfandrechts der argentarii an der Militia, kein Bedenken tragen wird, die diesem Rechtssatz zu Grunde liegende Annahme, daß die Militia mit dem dargeliehenen Geld gekauft sei, zugleich als Voraussetzung für das Entstehen des Pfandrechts im einzelnen Fall anzuerkennen. — Bisweilen wird sich aber die Entscheidung nicht so leicht ergeben. Bei dem Satz, daß, wenn nach Errichtung des Vermächtnisses Todfeindschaft zwischen Erblasser und Legatar ausbricht, das Vermächtniß für adimirt gilt; daß, wenn der Erblasser seinen impubes suus zum Erben einsetzt und ihm für den Fall, daß er nicht Erbe werde, also vulgariter, einen Andern substituirt hat, in dieser Vulgarsubstitution auch eine Pupillarsubstitution, also die Ernennung eines Erben für den impubes, falls derselbe in der Unmündigkeit verstirbt, liege, und daß umgekehrt die Ernennung eines Erben für den vom Vater selbst eingesetzten impubes unter der Bedingung, wenn derselbe in der Unmündigkeit ver-

sterbe, auch eine Vulgarsubstitution für den Fall, daß der impubes gar nicht Erbe seines Vaters wird, involvire; bei dem Satz, daß, wenn Jemand seinem zum Erben eingesetzten Descendenten auflegt, die Erbschaft bei seinem Tode an einen Dritten als Universalvermächtniß zu restituiren, die Auflage nur verstanden werden soll unter der Bedingung, si sine liberis decesserit — bei diesen und ähnlichen Fällen kann man an sich über die Bedeutung der gesetzlichen Annahme, ob sie blos Motiv oder Voraussetzung ist, wohl zweifelhaft sein. Es wird, wie gesagt, stets eine Prüfung des einzelnen Rechtssatzes vorausgehen müssen, ehe man sich für das eine oder das andere entscheiden kann; eine allgemeine Regel läßt sich darüber nicht aufstellen, nur aus dem Inhalt und Character der betreffenden Rechtsvorschrift läßt sich das beantworten. — Es giebt allerdings gewisse Anhaltpunkte, jedoch ohne daß man sie als überall maßgebend betrachten dürfte.

Einen solchen Anhalt bietet die Berücksichtigung des Umstands, ob das Angenommene in einer nähern oder entfernteren Beziehung, einem weitern oder engern Zusammenhang mit dem dispositiv ausgesprochenen Rechtssatz steht, ob wir uns den angenommenen Umstand wegdenken können und der Rechtssatz auch ohne das sich erklärt. Wenn wir uns in Nov. 136. cap. 2. den Umstand wegdächten, daß die Militia mit dem geliehenen Geld gekauft ist, so wäre es ganz unerklärlich, warum gerade an diesem erst nach Entstehung der Forderung erworbenen Vermögensobject ein Pfandrecht begründet sein sollte. Wollten wir den Rechtssatz so fassen: „mit der zwischen dem Testator und dem Legatar ausgebrochenen Feindschaft fällt das Legat unmittelbar zusammen", so würden wir dem Urheber des so gestalteten Satzes mit Recht den Vorwurf machen, daß er der eigenen Entschließung und der Selbstbestimmung des Erblassers in kaum erklärlicher Weise vorgegriffen habe. Gleiches würden wir sagen müssen, wenn die rechtliche Bestimmung so lautete: „das einem Descendenten für den Fall seines Todes aufgelegte Universalfideicommiß gilt nur, wenn derselbe ohne eigene Descendenz verstirbt, es müßte denn sein, daß der Testator diese Bedingung durch eine ausdrückliche Willenserklärung ausgeschlossen habe." — Anders in andern Fällen.

Wenn z. E. ein Gesetz die Bestimmung enthält: „es wird vermuthet, daß die mehreren ohne Theile eingesetzten Erben gleiche Theile haben sollen, und daß die Portion des wegfallenden Erben seinem Miterben accresciren soll, oder daß der Verkäufer für Eviction hafte, auf den Käufer das periculum übergehe u. s. w.“, so bedürfen wir zur Erklärung dieses Rechtssatzes nicht, wie in jenen Fällen, der Annahme eines darauf gerichteten Willens. Die gleichen Theile erklären sich daraus, daß jeder der mehreren Erben an sich zum Eintritt in die ganze vermögensrechtliche Stellung des Erblassers berechtigt ist, diese Berechtigung aber durch die gleiche Berechtigung der mitberufenen Erben eine Beschränkung erleidet, die natürlich nur zu gleichen Theilen führen kann. Diese ursprüngliche Vollberechtigung jedes Erben begründet auch das Accrescenzrecht, denn da lediglich durch die Theilnahme anderer gleichberechtigter Erben eine Theilung entsteht, so muß diese Theilung aufhören und das beschränkte Recht seine ursprüngliche Ausdehnung wieder erhalten, wenn die beschränkenden Theilnehmer weggefallen sind; dazu kommt noch die Unmöglichkeit einer Intestaterbfolge neben der testamentarischen infolge des Satzes nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Die Haftung des Verkäufers für Eviction ist nicht blos ein Postulat der bona fides, indem man eine Sache nicht erwirbt, um sie wider Willen wieder zu verlieren, sondern sie ist auch eine Consequenz seiner Verpflichtung zur Präſtation des rem habere licere; der Uebergang der Gefahr auf den Käufer ist Folge des tiefern Princips, daß alle Verhältnisse so zu beurtheilen sind, als wäre gleich bei Abschluß des Vertrags von beiden Seiten erfüllt worden. — In jenen Fällen ist der Zusammenhang zwischen dem Angenommenen und der rechtlichen Bestimmung ein engerer, in diesen ein weniger enger; hier könnte die Bezugnahme auf den betreffenden Umstand ganz fehlen, dort hingegen würde der Rechtssatz nicht erklärlich sein ohne die Annahme dieses Umstands.

Auch dem Moment kann man bei Beantwortung dieser Frage ein Gewicht beilegen, ob das Angenommene ein specieller Umstand, eine bestimmte Thatsache, ein bestimmter Wille ist — wie beim Pfandrecht der Argentarii, der ademtio legati wegen Todfeind-

schaft, — oder ob es eine Vermuthung von allgemeinerem Character ist — wie z. E. propter sexus imbecillitatem, propter fragile consilium minorum. — In den meisten Fällen wird sich wenigstens negativ sagen lassen, daß, wenn die Vermuthung einen so allgemeinen Character hat, das Angenommene nicht Voraussetzung ist. Daß sich freilich dieser Satz nicht umkehren läßt in den: „wo das Angenommene ein specieller Umstand ist, ist es Voraussetzung", zeigt das Beispiel der l. ult. §. 1. C. ad S. C. Maced. —

Es kommt aber da, wo der vom Gesetz angenommene Umstand ein bestimmter Wille ist, auch vor, daß die rechtliche Bestimmung gewissermaßen einen gemischten Character hat, daß das dispositiv Ausgesprochene zugleich als Ausfluß der dispositio legis und der praesumta voluntas — wie dies die ältern Schriftsteller ausdrücken — erscheint. Wenn Jemand mit Ausschließung des nächsten nicht pflichttheilsberechtigten Intestaterben zwei Extranei zu Erben einsetzt, so ist sein Wille wahrscheinlicher Weise, daß beim Wegfall eines von beiden nicht dieser Intestaterbe, sondern der andere testamentarische Erbe die Portion des Wegfallenden erhalten solle, es ist aber zugleich rechtliche Bestimmung, daß neben der testamentarischen Erbfolge eine successio ab intestato nicht stattfinden kann; das Accrescenzrecht kann daher hier an sich sowohl auf die praesumta voluntas als auf die dispositio legis zurückgeführt werden. In solchen Fällen ist nun wieder durch Specialuntersuchung zu ermitteln, was überwiegt, ob die dispositio legis oder die praesumta voluntas; nur im letztern Fall kann der blose Beweis des Nichtvorhandenseins des Willens zur Ausschließung des Rechtssatzes genügen. In dem angeführten Beispiel überwiegt unzweifelhaft das erstere; denn wenn auch der Erblasser ausdrücklich erklärte, er wolle nicht, daß das Accrescenzrecht platzgreife, so würde doch diese Erklärung den Eintritt desselben nicht hindern können, es würde ja sonst eine Aenderung des absolut geltenden Satzes nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest als zulässig anerkannt werden; es tritt also insofern — denn die Ausschließung des Accrescenzrechts durch Substitution, welchen Falls dann gegen die Regel nemo pro parte etc. nicht verstoßen wird, ist gestattet — die

Accrescenz gegen den Willen des Testators ein, der Wille kann demnach nicht das Wesentliche sein. —

Bei manchen Rechtssätzen können wir verfolgen, wie das, was sie bestimmen, anfänglich nur eintrat infolge einer darauf gerichteten Willenserklärung der Privaten, dann aber, zu positivem Rechtssatz geworden, mehr oder weniger als Ausfluß der Rechtsnorm erscheint. Ich brauche nur an die tacitae hypothecae, an die duplae stipulatio, an das Recht der Pfandveräußerung zu erinnern. Es war so regelmäßig und gewöhnlich, daß dahin zielende Verabredungen von den Parteien getroffen und die betreffenden Rechtsgeschäfte in dieser Weise abgeschlossen wurden, daß man das factisch Gewöhnliche zur rechtlichen Regel erhob und erklärte, es solle einer solchen besondern Verabredung, ohne welche das Geschäft doch wohl nicht zu Stande kommen würde, nicht mehr bedürfen. Wenn Modestinus in l. 4. pr. de vulg. 28. 6. sagt: Iam hoc iure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, so zeigt dieser Ausspruch, daß das jetzt als Rechtssatz Geltende ursprünglich eine Frage des Willens im einzelnen Fall war. Die Pupillarsubstitution war in ihrer älteren Gestalt nichts als eine institutio heredis secundi für den Vater: „wenn mein impubes nicht Erbe wird, soll X mein Erbe sein." Da aber der impubes das Recht der testamenti factio activa nicht hat, so würde der Hausvater doch nur unvollkommen über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode verfügt haben, wenn beim Tod des impubes die Intestaterbfolge in sein Vermögen eingetreten wäre; daher gestattete man für diesen Fall dem Hausvater eine Ausnahme von dem Satz semel heres semper heres zu machen und sich einen eventuellen zweiten Erben zu ernennen auch für den Fall, daß der impubes zwar Erbe werden, aber als impubes versterben sollte. Es war nun ganz gewöhnlich, daß der Erblasser von diesem Recht Gebrauch machte und in utrumque casum substituirte, einmal für den Fall, daß der impubes nicht Erbe würde, dann aber auch für den, daß er Erbe würde, aber in dem Alter, wo er selbst nicht letztwillig disponiren darf, sterben sollte. Hatte nun Jemand nur für den letzten Fall

substituirt, so lag es doch sehr nahe zu sagen, er habe, da er das Plus wolle, die ihm nachgelassene Abweichung von der Regel semel heres semper heres, um nur einen testamentarischen Erben zu haben, auch das Minus gewollt, die Substitution für den Fall, daß der impubes nicht Erbe werde. So ist denn auch im iudicium Curianum die Entscheidung vom Centumviralgericht getroffen worden, die Entscheidung also, daß in der substitutio pupillaris eine substitutio vulgaris liege nach dem Willen des Testators. Dies ist zum Rechtssatz geworden, wie umgekehrt der allerdings bedenklichere Satz, daß die substitutio vulgaris eine pupillaris involvire, unzweifelhaft gesetzlich sanctionirt ist [1]. — So gründet sich auch die Entscheidung Papinian's in l. 102. de C. et D. ursprünglich allein auf die coniectura pietatis und die Annahme, der Testator habe in der That mehr gewollt, als sich aus den beschränkten Worten direct ergiebt; es ist die Entscheidung eines concreten Falls nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers, die Justinian nicht nur durch die Aufnahme in das corpus iuris, sondern durch specielle Anerkennung [2] zum positiven Rechtssatz erhoben hat.

Ein solcher Rechtssatz verläugnet nun seine Entstehung selten, insofern als er eine absolute Geltung gegen den Willen der Privaten regelmäßig nicht in Anspruch nimmt. Es giebt allerdings Ausnahmen, in welchen der Wille ohne Einfluß ist; so kann beim Pfandrecht die Befugniß der Veräußerung nicht ausgeschlossen werden, weil dieselbe gerade das Wesen des späteren Pfandbegriffs, der hypotheca, bildet; so kann auch in manchen Fällen der tacita hypotheca nicht auf das Pfandrecht verzichtet werden, nämlich Seitens der Bevormundeten und auch regelmäßig Seitens der Ehefrauen; in den meisten Fällen jedoch sind diese Bestimmungen nicht absoluter Natur. — Unter welchen Bedingungen aber die Geltung eines solchen Rechtssatzes cessirt, ob eine besondere selbständige Erklärung (wie in den meisten Fällen der hypotheca tacita und bei der duplae stipulatio) bezüglich eine besonders

[1]) l. 4. cit. l. 4. C. eod. 6. 26.
[2]) l. 30. C. de fideic. 6. 42.

geartete Erklärung (wie z. E. das Accrescenzrecht nur durch Substitution gehindert werden kann) zu seiner Ausschließung erforderlich ist, oder ob schon das nachweisliche Nichtvorhandensein des angenommenen Willens genügt (wie dies m. E. z. E. bei substitutio tacita und l. 102. de C. et D. der Fall ist): das hängt davon ab, ob die legis dispositio oder die Rücksicht auf die praesumta voluntas überwiegt, und das fällt eben mit der Frage zusammen, ob die Annahme des Willens blos Motiv oder ob sie Voraussetzung ist. Auf diese Frage nach der Beschaffenheit dieses Gegenbeweises im weiteren Sinn werden wir später noch einmal zurückkommen. —

Das Resultat dieser Erörterung ist also, daß, wie bereits bemerkt, nur in den Fällen, wo die Annahme eines Umstands bezüglich die Richtigkeit des Angenommenen Voraussetzung für die Anwendung der rechtlichen Bestimmung ist, eigenartige Rechtssätze vorliegen, die ein besonderes Interesse darbieten. Diese Rechtssätze, die eine Norm für die materielle Regelung der Privatverhältnisse enthalten, für deren Geltung aber die Wahrheit des präsumirten Umstands die Voraussetzung ist, und die ich materielle Präsumtionen im engeren Sinn nenne, können wir mit den processualischen Präsumtionen, deren Zweck lediglich die Erleichterung des Beweises eines zur Begründung eines Angriffs oder Gegenangriffs gehörigen Umstands ist, im Folgenden zusammen behandeln. Denn ihr Zusammenhang und ihre Verwandtschaft ist unverkennbar. Die Bedeutung und die Wirkung beider ist dieselbe und ihre Grundsätze sind an sich die gleichen. Es besteht allerdings ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Präsumtionen, je nachdem das Angenommene eine Thatsache oder ein Wille ist [3]) und gerade bei den materiellen Präsumtionen ist das letztere das Gewöhnliche, aber die Verschiedenheit beruht doch nicht darauf, daß die Präsumtion eine materielle oder eine processualische ist. Die Hauptbedeutung beider, der materiellen wie der processualischen, liegt darin, daß ein Umstand, von dessen Wahrheit eine rechtliche Folge abhängt, ohne Beweis angenommen wird. Ob

---

[3]) Ueber diesen Unterschied Cfr. § 27. ff.

blos einfach ein Umstand präsumirt wird, mit dem dann von selbst eine rechtliche Folge eintritt, oder ob die nach sonstigen Grundsätzen eintretende Folge in dem Gesetz mit ausgesprochen ist, oder ob gar erst in demselben Gesetz, welches die Präsumtion enthält, die rechtliche Folge eingeführt wird, das macht, wie wir oben gesehen haben, für den Character dieser Rechtssätze als Präsumtionen keinen Unterschied. Der angenommene Umstand bedarf keines Beweises, aber es ist stets ein Gegenbeweis zuläßig, der darauf gerichtet ist, daß das durch Rechtssatz ohne Beweis Angenommene in Wahrheit im concreten Fall nicht so sei.

Diese beiden Arten von Rechtssätzen, die processualischen Präsumtionen und die materiellen im engern Sinn nenne ich civilistische Präsumtionen im engeren Sinn. Die bei ihnen geltenden Grundsätze sollen jetzt einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

## Zweiter Theil.

## Die civilistischen Präsumtionen i. e. S.

### Erstes Capitel.

### Begriff.

#### §. 23.

Definition und Ausscheidung anderer Begriffe.

Nach dem bisher Erörterten ist es schon klar, was ich unter civilistischen Präsumtionen i. e. S. verstehe. Es sind positive Rechtssätze des Inhaltes, daß ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden solle. — Diese Definition bedarf einer näheren Zergliederung.

Ich scheide von vornherein die sogenannten praesumtiones hominis aus. Nur insofern ein Rechtssatz, verdanke er seinen Ursprung der gesetzgeberischen Gewalt im Staate oder sei er ein Satz des Gewohnheitsrechts, eine derartige Annahme enthält, lassen sich feste Normen aufstellen; daß der Name dafür gebraucht wird, haben uns die oben (§ 12. 14.) citirten Stellen gezeigt.

Accrescenz gegen den Willen des Testators ein, der Wille kann demnach nicht das Wesentliche sein. —

Bei manchen Rechtssätzen können wir verfolgen, wie das, was sie bestimmen, anfänglich nur eintrat infolge einer darauf gerichteten Willenserklärung der Privaten, dann aber, zu positivem Rechtssatz geworden, mehr oder weniger als Ausfluß der Rechtsnorm erscheint. Ich brauche nur an die tacitae hypothecae, an die duplae stipulatio, an das Recht der Pfandveräußerung zu erinnern. Es war so regelmäßig und gewöhnlich, daß dahin zielende Verabredungen von den Parteien getroffen und die betreffenden Rechtsgeschäfte in dieser Weise abgeschlossen wurden, daß man das factisch Gewöhnliche zur rechtlichen Regel erhob und erklärte, es solle einer solchen besondern Verabredung, ohne welche das Geschäft doch wohl nicht zu Stande kommen würde, nicht mehr bedürfen. Wenn Modestinus in l. 4. pr. de vulg. 28. 6. sagt: Iam hoc iure utimur ex Divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, so zeigt dieser Ausspruch, daß das jetzt als Rechtssatz Geltende ursprünglich eine Frage des Willens im einzelnen Fall war. Die Pupillarsubstitution war in ihrer älteren Gestalt nichts als eine institutio heredis secundi für den Vater: „wenn mein impubes nicht Erbe wird, soll X mein Erbe sein." Da aber der impubes das Recht der testamenti factio activa nicht hat, so würde der Hausvater doch nur unvollkommen über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode verfügt haben, wenn beim Tod des impubes die Intestaterbfolge in sein Vermögen eingetreten wäre; daher gestattete man für diesen Fall dem Hausvater eine Ausnahme von dem Satz semel heres semper heres zu machen und sich einen eventuellen zweiten Erben zu ernennen auch für den Fall, daß der impubes zwar Erbe werden, aber als impubes versterben sollte. Es war nun ganz gewöhnlich, daß der Erblasser von diesem Recht Gebrauch machte und in utrumque casum substituirte, einmal für den Fall, daß der impubes nicht Erbe würde, dann aber auch für den, daß er Erbe würde, aber in dem Alter, wo er selbst nicht letztwillig disponiren darf, sterben sollte. Hatte nun Jemand nur für den letzten Fall

substituirt, so lag es doch sehr nahe zu sagen, er habe, da er das Plus wolle, die ihm nachgelassene Abweichung von der Regel semel heres semper heres, um nur einen testamentarischen Erben zu haben, auch das Minus gewollt, die Substitution für den Fall, daß der impubes nicht Erbe werde. So ist denn auch im iudicium Curianum die Entscheidung vom Centumviralgericht getroffen worden, die Entscheidung also, daß in der substitutio pupillaris eine substitutio vulgaris liege nach dem Willen des Testators. Dies ist zum Rechtssatz geworden, wie umgekehrt der allerdings bedenklichere Satz, daß die substitutio vulgaris eine pupillaris involvire, unzweifelhaft gesetzlich sanctionirt ist [1]. — So gründet sich auch die Entscheidung Papinian's in l. 102. de C. et D. ursprünglich allein auf die coniectura pietatis und die Annahme, der Testator habe in der That mehr gewollt, als sich aus den beschränkten Worten direct ergiebt; es ist die Entscheidung eines concreten Falls nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers, die Justinian nicht nur durch die Aufnahme in das corpus iuris, sondern durch specielle Anerkennung [2] zum positiven Rechtssatz erhoben hat.

Ein solcher Rechtssatz verläugnet nun seine Entstehung selten, insofern als er eine absolute Geltung gegen den Willen der Privaten regelmäßig nicht in Anspruch nimmt. Es giebt allerdings Ausnahmen, in welchen der Wille ohne Einfluß ist; so kann beim Pfandrecht die Befugniß der Veräußerung nicht ausgeschlossen werden, weil dieselbe gerade das Wesen des späteren Pfandbegriffs, der hypotheca, bildet; so kann auch in manchen Fällen der tacita hypotheca nicht auf das Pfandrecht verzichtet werden, nämlich Seitens der Bevormundeten und auch regelmäßig Seitens der Ehefrauen; in den meisten Fällen jedoch sind diese Bestimmungen nicht absoluter Natur. — Unter welchen Bedingungen aber die Geltung eines solchen Rechtssatzes cessirt, ob eine besondere selbständige Erklärung (wie in den meisten Fällen der hypotheca tacita und bei der duplae stipulatio) bezüglich eine besonders

[1] l. 4. cit. l. 4. C. eod. 6. 26.

[2] l. 30. C. de fideic. 6. 42.

geartete Erklärung (wie z. E. das Accrescenzrecht nur durch Substitution gehindert werden kann) zu seiner Ausschließung erforderlich ist, oder ob schon das nachweisliche Nichtvorhandensein des angenommenen Willens genügt (wie dies m. E. z. E. bei substitutio tacita und l. 102. de C. et D. der Fall ist): das hängt davon ab, ob die legis dispositio oder die Rücksicht auf die praesumta voluntas überwiegt, und das fällt eben mit der Frage zusammen, ob die Annahme des Willens blos Motiv oder ob sie Voraussetzung ist. Auf diese Frage nach der Beschaffenheit dieses Gegenbeweises im weiteren Sinn werden wir später noch einmal zurückkommen. —

Das Resultat dieser Erörterung ist also, daß, wie bereits bemerkt, nur in den Fällen, wo die Annahme eines Umstands bezüglich die Richtigkeit des Angenommenen Voraussetzung für die Anwendung der rechtlichen Bestimmung ist, eigenartige Rechtssätze vorliegen, die ein besonderes Interesse darbieten. Diese Rechtssätze, die eine Norm für die materielle Regelung der Privatverhältnisse enthalten, für deren Geltung aber die Wahrheit des präsumirten Umstands die Voraussetzung ist, und die ich materielle Präsumtionen im engeren Sinn nenne, können wir mit den processualischen Präsumtionen, deren Zweck lediglich die Erleichterung des Beweises eines zur Begründung eines Angriffs oder Gegenangriffs gehörigen Umstands ist, im Folgenden zusammen behandeln. Denn ihr Zusammenhang und ihre Verwandtschaft ist unverkennbar. Die Bedeutung und die Wirkung beider ist dieselbe und ihre Grundsätze sind an sich die gleichen. Es besteht allerdings ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Präsumtionen, je nachdem das Angenommene eine Thatsache oder ein Wille ist [3]) und gerade bei den materiellen Präsumtionen ist das letztere das Gewöhnliche, aber die Verschiedenheit beruht doch nicht darauf, daß die Präsumtion eine materielle oder eine processualische ist. Die Hauptbedeutung beider, der materiellen wie der processualischen, liegt darin, daß ein Umstand, von dessen Wahrheit eine rechtliche Folge abhängt, ohne Beweis angenommen wird. Ob

[3]) Ueber diesen Unterschied Cfr. § 27. ff.

blos einfach ein Umstand präsumirt wird, mit dem dann von selbst eine rechtliche Folge eintritt, oder ob die nach sonstigen Grundsätzen eintretende Folge in dem Gesetz mit ausgesprochen ist, oder ob gar erst in demselben Gesetz, welches die Präsumtion enthält, die rechtliche Folge eingeführt wird, das macht, wie wir oben gesehen haben, für den Character dieser Rechtssätze als Präsumtionen keinen Unterschied. Der angenommene Umstand bedarf keines Beweises, aber es ist stets ein Gegenbeweis zulässig, der darauf gerichtet ist, daß das durch Rechtssatz ohne Beweis Angenommene in Wahrheit im concreten Fall nicht so sei.

Diese beiden Arten von Rechtssätzen, die processualischen Präsumtionen und die materiellen im engern Sinn nenne ich civilistische Präsumtionen im engeren Sinn. Die bei ihnen geltenden Grundsätze sollen jetzt einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

## Zweiter Theil.

## Die civilistischen Präsumtionen i. e. S.

### Erstes Capitel.

### Begriff.

#### §. 23.

#### Definition und Ausscheidung anderer Begriffe.

Nach dem bisher Erörterten ist es schon klar, was ich unter civilistischen Präsumtionen i. e. S. verstehe. Es sind positive Rechtssätze des Inhaltes, daß ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden solle. — Diese Definition bedarf einer näheren Zergliederung.

Ich scheide von vornherein die sogenannten praesumtiones hominis aus. Nur insofern ein Rechtssatz, verdanke er seinen Ursprung der gesetzgeberischen Gewalt im Staate oder sei er ein Satz des Gewohnheitsrechts, eine derartige Annahme enthält, lassen sich feste Normen aufstellen; daß der Name dafür gebraucht wird, haben uns die oben (§ 12. 14.) citirten Stellen gezeigt.

Das Hereinziehen des vagen Begriffs der praesumtio hominis, über deren Bedeutung man selbst nicht in's Klare kommen konnte, hat auch die Klarheit hinsichtlich jener getrübt. Inwiefern die blose Wahrscheinlichkeit eines Umstands in einem Rechtsstreit Berücksichtigung verdient, inwiefern sie insbesondere als Resultat der Beweisführung zur Verurtheilung des Beklagten, bezüglich zur Abweisung des Klägers auf Grund einer vorgeschützten Einrede genügen kann, ist bereits oben (§. 17.) erwähnt worden und werden wir später (§ 28. 29.) noch näher zu erörtern haben. Aber es läßt sich, wie bereits Manche von den älteren Schriftstellern hervorgehoben haben,[1]) hinsichtlich dieser praesumtiones hominis, die eigentlich nur einzelne Anwendungsfälle der einen praesumtio hominis, der Wahrscheinlichkeit, sind, eine certa doctrina nicht geben.

Alles das, was Ausfluß der gewöhnlichen Beweisregeln ist und sich darauf zurückführen läßt, gehört nicht hierher. Wie unbegründet die Argumentation ist: „wer eine Präsumtion für sich hat, braucht nicht zu beweisen, also hat der, welcher nicht zu beweisen braucht, eine Präsumtion für sich," und wie dieselbe nothwendig zu solchen Verkehrtheiten führen mußte, eine praesumtio pro possessione, pro negante, quilibet praesumitur bonus u. ä. aufzustellen, haben wir bereits früher gesehen. Was einen normalen Grund hat, dafür braucht und soll man nicht einen anomalen suchen. Wenn sich daher auch in einem

[1]) Cfr. z. E. Duarenus in Tit. Dig. et Cod. de prob. cap. 3. (ed. Francof. 1607. pg. 935.): quid credibile sit aut non sit, non potest in universum definiri; — haec ex cognitione morum cuiusque hominis et experientia rerum et exemplis iudicantur. Doch führt er dann unter den Beispielen auch wahre praesumtiones iuris an. — An einem andern Ort (de ratione docendi discendique iuris, l. c. pg. 1104.) findet sich die auch auf diese Vermuthungen passende Bemerkung: es sei nicht möglich, daß Jemand omnes casus in promtu habeat. Quapropter eorum stultitiam admirari soleo, qui in vulgatissimis interpretum commentariis omnem aetatem terunt, ut inde cognitionem singulorum negotiorum hauriant, ei profecto non absimiles, cuius meminit Lucianus, qui in maris litore sedens conabatur singulas undas pernumerare, donec undas undis trudentibus obrueretur animoque angeretur, quod eas numero amplecti non posset.

Gesetzbuch die Fassung findet „es soll vermuthet werden," so wird der Rechtssatz, wenn er sich lediglich als eine specielle Anwendung der Beweisregeln herausstellt, dadurch nicht zur eigenartigen Präsumtion. Ich brauche nur an die l. 25. h. t. und den darin enthaltenen Ausspruch, der mit der condictio indebiti Auftretende müsse beweisen, weil praesumtio pro eo est, qui accepit, zu erinnern. Der Grund der Beweispflicht ist der Satz actori incumbit probatio. Das Hingegebene ist Vermögensbestandtheil des Beklagten geworden; will Kläger es herausverlangen, so muß er die Voraussetzungen nachweisen, unter welchen Rückgabe des zu Eigenthum Uebergebenen gefordert werden kann. Nun ist es allerdings auch wahrscheinlich, daß ein vernünftiger Mensch, als welcher zunächst jeder erscheint, nicht ohne Weiteres, ohne allen Grund, ein Vermögensobject weggiebt, aber der eigentliche Grund, warum Kläger beweispflichtig ist, ist nicht die Annahme, er habe wahrscheinlich nur ein debitum gezahlt, sondern die Regel: wer einen bestehenden Zustand verändert sehen will auf rechtlichem Weg, muß als Kläger auftreten und als solcher beweisen. — Ebenso ist die Vertheilung der Beweislast, wonach der Beklagte den Beweis mancher streng genommen eigentlich zur Klagbegründung und zum Klagbeweis gehörigen Thatsachen übernehmen muß resp. den Beweis des Gegentheils, wie z. E. der Handlungsunfähigkeit ꝛc., nicht auf Präsumtionen als ihren Grund zurückzuführen; auch sind die einzelnen Wirkungen dieser Beweisregeln nicht Präsumtionen als eigenartige Rechtssätze. Will man den Namen doch beibehalten für diese Fälle, wie z. E. die Präsumtion der Handlungsfähigkeit, der Willensernstlichkeit u. s. w., so kann man hier wohl von Beweislastpräsumtionen sprechen d. h. nicht Präsumtionen, die die Beweislast normiren, sondern die die Folge der normirten Beweislast sind.

Die gleiche Bemerkung läßt sich auch machen für den Fall, wenn Etwas, was die unmittelbare rechtliche Folge eines Rechtsgeschäfts ist, im Gewand der Vermuthung auftritt, wie z. E.: „es wird vermuthet, daß Verkäufer für Eviction haftet". Eine rechtliche Bestimmung bedarf an sich keines Beweises, es ist also keine Präsumtion nöthig, um dies auszusprechen und eine Ausnahme

von einer gar nicht existirenden Regel zu machen. Einen solchen Fall haben wir kennen gelernt in l. 9. h. t.: der Gläubiger muß beweisen, daß das pactum de non petendo nur in personam des Schuldners abgeschlossen sei, also dem Erben desselben nicht zu gute komme, und zwar nach dieser Stelle aus dem Grunde, quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus [2]). Gerade hier, in Fällen dieser letzten Art, wird heutzutag noch häufig von Präsumtionen gesprochen. Will man den einmal üblich gewordenen und wegen der auch in den Quellen vorkommenden allgemeinen Bedeutung dieses Worts auch nicht absolut verwerflichen Ausdruck Präsumtion nicht aufgeben, so kann man diese und ähnliche Fälle wohl als Rechtsinhaltspräsumtionen bezeichnen. Deren Gebiet ist dann freilich ein sehr großes. Es gehört hierher alles, was sich nach den Grundsätzen des objectiven Rechts aus dem Inhalt eines concreten Rechts oder aus einem Rechtsbegriff überhaupt ergiebt, alles, was aus dem Wesen eines Rechtsverhältnisses nach juristischer Consequenz folgt, was zwar anders sein kann, aber doch nur durch eine besondere selbständige Thatsache anders wird. So besteht hinsichtlich der natürlich fungibeln Sachen, der res, quae numero, pondere, mensura continentur, der Grundsatz: tantundem eiusdem generis est idem; wenn solche Sachen zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemacht werden, welches Hin- und Rückgabe bezweckt, und sie nicht ausdrücklich oder durch concludente Handlungen von den Parteien als Species behandelt werden, so ist, kann man sagen, zunächst zu präsumiren, daß sie als Fungibilien behandelt sein sollen (si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi ut tantundem pecuniae solveret l. 31. loc. 19. 2.); das ist die Präsumtion, daß natürlich fungible Sachen zunächst als so behandelt gelten. — Pertinenzen gelten insofern juristisch als Theile einer andern Sache, als Dispositionen über diese auch sie umfassen; der Begriff der Pertinenz bestimmt sich durch gewisse Merkmale einer Sache; trägt eine Sache diese Merkmale, so folgt

---

[2]) Cfr. oben §. 12.

aus ihrem Begriff, daß sie als mitverkauft, als mitlegirt u. s. w. gilt; daraus die Präsumtion: Pertinenzen gelten präsumtiv als mitverkauft, gewisse Sachen sind präsumtiv Pertinenzen. — Wenn eine Obligation Theilung zuläßt und mehrere Personen auf der activen oder passiven Seite stehen, so ist jeder der mehreren Theilnehmer zunächst zu einem Kopftheil berechtigt oder verpflichtet, das folgt ganz natürlich aus dem Wesen des Rechts heraus, für eine andere Art der Theilung fehlt es an jedem Anhalt; gleiches gilt, wenn mehrere Personen eine Societät eingehen, ihr Antheil am Gewinn wie am Verlust ist präsumtiv ein gleicher; wenn mehrere Erben ohne Theilbestimmung eingesetzt, mehrere Legatare mit derselben Sache honorirt sind, so sind sie präsumtiv zu gleichen Theilen instituirt und honorirt, weil an sich jeder zum Ganzen berechtigt ist, diese Berechtigung aber nothwendig eine Beschränkung durch die gleiche Berechtigung des Andern erleiden muß und durch diese Beschränkung an sich nur gleiche Theile hervorgebracht werden können. So folgt aus dem Begriff der Hochzeitsgeschenke, daß sie beiden Ehegatten gemeinsam, also jedem zur Hälfte gehören; die Geschenke werden gewissermaßen dem Haushalt gemacht, ob von Seiten der Freunde des Mannes oder der Frau, ist gleichgiltig, ebenso einflußlos ist, daß das Geschenk nicht gegeben sein würde, wenn nicht der Mann gerade diese Frau, die Frau gerade diesen Mann geheirathet hätte. Es kann sich natürlich aus der Art des Geschenks eine andere Intention des Schenkers ergeben; wenn z. E. ein Freund des Mannes diesem, der Arzt ist, ein chirurgisches Besteck zur Hochzeit schenkt, so wird man ebensowenig zweifeln, daß das für ihn allein bestimmt ist, als bei der an sich zweifachen Möglichkeit, ob ein Legat an den Bischof diesem als solchem oder als Privatperson gegeben ist, ein Zweifel entstehen wird in dem Fall, wenn dem Bischof Falken oder Hunde legirt sind; es ist das ein Geschenk aus Veranlassung der Hochzeit, nicht aber ein Hochzeitsgeschenk. In dem Fall, wenn dieselbe Sache mehreren Personen separatim legirt ist, besteht eine dreifache Möglichkeit: entweder sollen Beide gleiche Theile haben, oder Jeder das Ganze, der Eine also die Sache, der Andere die Aestimation, oder endlich es liegt in dem Legat an den Zweiten eine Ademtion des erst-

gegebenen Legats. Aber — und hier mischt sich wieder das Princip ein, daß das einmal rechtlich Existirende Anspruch auf Geltung und Anerkennung hat, bis die Existenz vernichtet ist — die beiden letzten Möglichkeiten finden eine Berücksichtigung nur dann, wenn ein derartiger Wille des Testators klar nachgewiesen wird, sonst sind Beide pro rata berechtigt: si evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatarium testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet. Sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire, scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse (l. 33. de leg. I. cfr. auch l. 23. C. de leg. 6. 37.) — Wenn ich Jemandem ein Darlehn gebe, so ist eine besondere Verabredung, ut aeque bonum redderetur, nicht erforderlich, denn in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit (l. 3. de R. C. 12. 1.) — Für den Begriff eines Waarenlagers ist es wesentlich, daß ein steter Wechsel, ein fortwährender Ab- und Zugang der dazu gehörigen Gegenstände stattfindet; daher haftet präsumtiv das Pfandrecht nicht an den aus demselben herausgehenden Gegenständen, sondern nur an denjenigen, die zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts darin sind. — Man pflegt die Entscheidung in diesen und ähnlichen Fällen wohl auch auf den präsumtiven Willen der Parteien bezüglich des Disponenten zurückzuführen, aber sie sind in der That nichts anderes als Folgerungen aus dem Wesen des Rechtsbegriffs, aus dem Inhalt des Rechts, obgleich sie sich mittelbar oft auch in Willenspräsumtionen uminterpretiren lassen. Hierher können auch die Fälle gezählt werden, in welchen nicht eine einzelne specielle Folge eines Rechtsbegriffs ausgesprochen wird, sondern im Allgemeinen vorgeschrieben ist, Jemand solle nach dem vermuthlichen Willen eines Andern handeln, bezüglich so, wie ein Anderer wahrscheinlich gehandelt haben würde, wie z. B. der Mandatar, der negotiorum gestor, der Vormund, der Usufructuar, der verkaufende Pfandgläubiger, indem sich aus dem Inhalt und dem Wesen eines

derartigen Rechtsverhältnisses ergiebt, daß derjenige, der fremde Geschäfte führt bezüglich die Disposition über einen Theil eines fremden Vermögens oder die Verwaltung und Benutzung desselben hat, in Ermangelung anderweiter Bestimmung möglichst im Sinne des dominus handeln muß. — Es ließen sich die Fälle dieser Rechtsinhaltspräsumtionen leicht vermehren, wie man gewiß z. B. auch die Präsumtion für die Fortdauer eines einmal entstandenen Rechts unter diese Kategorie bringen kann; die angeführten werden aber genügen, um diese Gattung zu characterisiren. Nur eine will ich noch erwähnen, die früher so häufig aufgestellte Präsumtion für die Freiheit des Eigenthums, die sich auch als eine solche Rechtsinhaltspräsumtion bezeichnen läßt. Eigenthum ist die totale rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache. Nun läßt zwar das Eigenthum unbeschadet seines Begriffs Beschränkungen zu, so daß es nicht aufgehoben wird durch eine an der Sache bestehende Servitut, Emphyteuse, Superficies oder ein Pfandrecht, aber an sich, seinem Begriff nach, involvirt es doch die unbeschränkte Herrschaft über die Sache. Wenn nun Jemand den Eigenthümer stört infolge der Behauptung oder durch die Behauptung eines solchen ius in re, so braucht der Eigenthümer weiter nichts anzuführen, als daß Beklagter ihn störe und sein Beweis richtet sich nur auf den Eigenthumsbegriff, d. h. auf die Entstehung des Eigenthums. Damit hat er zunächst sein Eigenthum und mit diesem Begriff auch die in demselben liegende Unbeschränktheit des Eigenthums bewiesen. Behauptet Beklagter eine Beschränkung des Eigenthums und ein Recht zu einer derartigen Störung, die an sich die actio negatoria begründet, so muß er das Recht zu dieser Störung bezüglich die Voraussetzungen für dessen Entstehung beweisen. — Hält man fest, was unter diesen Rechtsinhaltspräsumtionen zu verstehen ist und daß der Gegenbeweis hier immer der Beweis einer selbständigen Thatsache ist, wodurch eine Ausnahme von der an sich aus dem Begriff und Inhalt des Rechts sich von selbst ergebenden Folge begründet wird, so mag man den Namen Präsumtion hierfür beibehalten, obgleich es zur Verhütung von Mißverständnissen und Mißgriffen zweckmäßiger wäre, ihn zu vermeiden. Es ist dies eine Bemerkung, die ich schon mehrfach gemacht habe

und noch öfter würde machen können, ich glaube aber sie nunmehr zur Genüge betont zu haben. —

Der angenommene Umstand muß ein bestimmter sein. Ich will damit sagen, daß es keine generellen Präsumtionen als eigenartige Rechtssätze giebt. Das Gesetz macht nicht, so zu sagen, eine allgemeine Sentenz zur Präsumtion, die allgemeine Wahrscheinlichkeit kann Veranlassung für Aufstellung einer speciellen Präsumtion sein, aber sie ist nicht selbst Inhalt des Rechtssatzes. So läßt sich die Bestimmung der l. 3. C. de apoch. publ. zuletzt auf die Wahrscheinlichkeitsannahme, daß man in Geldgeschäften sorgfältig sei, zurückführen, aber eine Präsumtion des Inhalts, Jedermann sei in Geldgeschäften sorgfältig, wird hier so wenig, wie in l. 25. pr. h. t. die Präsumtion nemo praesumitur iactare suum, als Rechtssatz aufgestellt. Insofern nennt Böhmer [3]) richtig die generellen Präsumtionen praesumtiones hominis. Alle die generellen Präsumtionen, deren die Literatur von der Glosse an eine Unmasse aufzuweisen hat, — quilibet praesumitur bonus, idoneus, solvendo, sanae mentis, naturalia praesumuntur, dolus, error, bona fides praesumitur, die praesumtio pro virginitate, mutatio non praesumitur, donatio non praesumitur u. s. w. u. s. w. — sind, wenn man sie als Rechtssätze von selbständiger Bedeutung behandelt, unhaltbar. Es wäre ein legislatorischer Fehler, wenn wirklich etwas Allgemeines in dieser Weise präsumirt würde, es wäre überflüssig und schädlich; ein Satz des Gewohnheitsrechts wird es, wenn man auch dem Volksbewußtsein nicht Infallibilität zusprechen kann, nie thun. — Im gemeinen Recht haben wir solche generelle Präsumtionen in der That nicht. Etwas ganz anderes ist es, wenn nach einer gewissen Richtung hin, z. E. pro libertate, pro matrimonio etc. zu präsumiren dem Richter vorgeschrieben wird, nicht schon vom Gesetz präsumirt ist. Es sind das die Interpretationsregeln, von denen wir später noch zu handeln haben [4]).

Wenn ich endlich sage, infolge der Präsumtion solle ein Umstand als bewiesen angenommen werden, so liegt in diesen

[3]) l. c. §. 10.

[4]) Cfr. unten §. 28.

Worten im Allgemeinen, daß den Präsumtionen die gleiche Wirkung zukommt, wie der Beweisführung, deren Resultat die Ueberzeugung des Richters ist. Daher die Zusammenstellung der probationes und praesumtiones im Rubrum des Tit. Dig. 22. 3. Wie beim gewöhnlichen Beweis ist demnach auch gegen die Wahrheit des durch die Präsumtion Angenommenen ein directer Gegenbeweis zulässig. Das ist das characteristische Unterscheidungsmerkmal dieser Präsumtionen als eigenartiger Rechtssätze mit selbständiger Bedeutung: der präsumirte Umstand gilt als bewiesen. Ohne die Präsumtion, ohne diesen besondern Rechtssatz, hätte er nach allgemeinen Principien bewiesen werden müssen, infolge der Präsumtion wird es so angesehen, als hätte der Beweispflichtige dieser seiner Pflicht Genüge geleistet. — Auszuschließen sind daher auch die Fictionen, die mit dem Beweis in keiner Weise etwas zu thun haben, indem sie im bewußten Widerspruch mit der Wahrheit etwas annehmen, damit eine Grundlage für einen darauf zu gründenden materiellen Rechtssatz gewonnen werde. — Von den sogenannten praesumtiones iuris et de iure, die einen Gegenbeweis nicht zulassen sollen, werden wir zum Schluß noch besonders zu sprechen haben.

## §. 24.

### Fortsetzung. Ist das Moment der Schlußfolgerung wesentlich für den Begriff?

Ich befinde mich mit der im vorigen Paragraphen aufgestellten Definition — wenigstens formell — im Widerspruch mit der gewöhnlichen Ansicht, wonach das Moment der Schlußfolgerung wesentlich ist für den Begriff der Präsumtion.

Gewöhnlich geht man bei Bestimmung dieses Begriffs davon aus, daß der Beweis ein künstlicher und unkünstlicher, artificialis oder inartificialis sei, daß die Ueberzeugung des Richters erbracht werden könne auf indirectem und auf directem Weg. In dem letztern Fall werde gerade die Thatsache selbst, um deren Beweis es sich handelt, bewiesen durch Zeugen, Urkunden u. s. w., während der Begriff eines mittelbaren, künstlichen Beweises dann vorhanden sei, wenn nicht die zu beweisende Thatsache selbst durch

die gesetzlich anerkannten Beweismittel bestätigt wird, sondern der Beweis sich zunächst auf eine andere Thatsache richtet, aus welcher dann die das eigentliche Beweisthema bildende Thatsache vermöge einer Schlußfolgerung sich ergiebt. Diesen künstlichen Beweis bezeichnet man, namentlich in der ältern Zeit, entweder allgemein als praesumtio und unterscheidet danach, je nachdem der Schluß ein absolut nothwendiger ist oder nur auf eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit Anspruch machen kann, praesumtiones necessariae, credibiles sive verisimiles und non repugnantes s. leves; oder man scheidet, wie dies in neuerer Zeit zu geschehen pflegt, diejenige Schlußfolgerung aus, welche sich infolge des Zusammenhangs der beiden Thatsachen mit innerer Nothwendigkeit ergiebt, indem man ihr die Wirkung, die volle Ueberzeugung des Richters hervorzubringen, in gleicher Weise beilegt, wie dem unmittelbar geführten unkünstlichen Beweis, und stellt ihr diejenige Folgerung von einer Thatsache auf die andere, der es an einer solchen Schlüssigkeit gebricht und die daher die zu beweisende Thatsache nur wahrscheinlich, nicht bewiesen macht, als Vermuthung, Präsumtion gegenüber, so daß die Präsumtionen als eine Unterart des künstlichen Beweises erscheinen. Diese Wahrscheinlichkeitsfolgerungen stehen dem unmittelbar geführten Beweis nach der herrschenden Ansicht nur dann gleich, wenn durch positiven Rechtssatz ihnen die gleiche Wirkung beigelegt ist.

Man definirt daher Präsumtion im Allgemeinen als Schlußfolgerung von einer Thatsache auf die andere. Behalten wir zunächst die Definition bei und zerlegen wir sie in ihre einzelnen Bestandtheile. Die Hauptaufgabe bei unserm Thema besteht darin, den so häufig zu weit gefaßten Begriff in die richtigen Schranken einzuschließen und Manches auszuscheiden, was damit verwandt scheint, aber doch nicht dazu gehört, auf der andern Seite aber auch nicht in übertriebenem Purismus von einer vorgefaßten Meinung über den Begriff der Präsumtionen ausgehend Manches als nicht zu dem Gebiet derselben gehörig zu verwerfen, was in der That Anspruch auf diesen Namen und diese Stellung hat.

Präsumtion ist also zunächst Schlußfolgerung. Die Form der Schlußfolgerung ist die: „wenn das eine ist, ist das andre“

z. E. wenn eine Frau geboren hat, hat sie den Beischlaf vollzogen; das hypothetisch Gesetzte, das Gebären, liegt vor, also auch das andere, der Beischlaf. Jener abstracte Satz (wenn das eine ist, ist auch das andere) ist der Obersatz; der Satz: „die Frau hat den Beischlaf vollzogen", ist ein Urtheil, indem von dem Subject, Frau, das Prädicat, sie hat concumbirt, ausgesagt wird; dieses Urtheil ist nur dann ein begründetes, wenn das Prädicat des Urtheils (die Frau hat concumbirt) als mit dem Prädicat des Obersatzes (wer geboren hat, hat concumbirt) identisch erscheint und im concreten Fall die Prämisse des Obersatzes (die Frau hat geboren) als gewiß feststeht. Es ist daher bei einer Schlußfolgerung die concrete Schlußfolgerung aus dem feststehenden Obersatz und dem Vorhandensein der Prämisse des Obersatzes (die Frau hat concumbirt, weil sie geboren hat) zu unterscheiden von der abstracten Folgerung des Obersatzes selbst (die Frau hat concumbirt, wenn sie geboren hat). In gleicher Weise muß man, wenn die Präsumtion eine Schlußfolgerung ist, die Präsumtion in abstracto, den Obersatz, trennen von der Präsumtion in concreto, dem Schluß, den der Richter aus dem Vorhandensein der Prämisse des Obersatzes auf das in concreto Begründetsein der nach dem Obersatz damit verbundenen Folge zieht. So ist der Satz: „wenn ein Kind im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geboren ist, gilt es als ein eheliches", der Obersatz, die Vermuthung in abstracto, die objective Vermuthung; der Schluß: „ein Kind ist im siebenten Monat der Ehe geboren, also ist dasselbe ein eheliches", die Anwendung der Vermuthungsregel auf einen concreten Fall, die Vermuthung in concreto. Je nachdem man nun mehr auf das Abstracte oder mehr auf das Concrete Gewicht legt, kommt man zu verschiedenen Definitionen der Vermuthung. Bei der Definition: „Vermuthung ist das Fürwahrannehmen einer Thatsache infolge des Vorhandenseins einer andern, oder das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie an sich zur völligen Gewißheit nicht hinreichen würden", betont man mehr das subjective Moment, das concrete Schließen des Richters; bei der Definition: „Vermuthung, insbesondere Rechtsvermuthung, ist der Rechtssatz, daß beim Vor-

handensein einer Thatsache eine andere ungewisse angenommen werden solle", hat man mehr die objective Vermuthungsregel, die Vermuthung in abstracto, im Auge; während endlich die Definition: „Vermuthung ist die Schlußfolgerung von der Existenz einer juristisch gewissen Thatsache auf die Existenz einer anderen noch ungewissen", beide Momente in sich schließt. Jede dieser Definitionen hat, wenn man einmal das Moment der Schlußfolgerung als wesentlich für den Begriff anerkennt, ihre Berechtigung. Man kann nicht mit Lauterbach (Colleg. theor. pract. ad T. D. 22. 3. §. 42.) sagen, die praesumtio sei nicht ratiocinatio, sondern werde nur durch die ratiocinatio herbeigeführt als Wirkung. Denn wie man Beweis in doppelter Bedeutung nehmen kann und früher genommen hat, einmal als die Wirkung, das Resultat der Beweisführung, als Ueberzeugung des Richters, dann aber auch als den Weg, auf dem man zu diesem Resultat gelangt, als die Ursache der Ueberzeugung, so kann man auch Vermuthung nicht blos auffassen als die nicht volle Ueberzeugung, die Annahme ohne genügende Gründe, sondern auch als die Schlußfolgerung, vermöge deren man zu dieser Annahme kommt.

Es ist aber ersichtlich, daß die Vermuthung in abstracto es ist, worauf es wesentlich ankommt. Ob die Prämissen derselben vorhanden sind, ist eine rein factische Frage, und daß bei deren Vorhandensein die nach dem Obersatz damit verbundene Folge eintritt, eine Frage, deren Beantwortung sich beim Zusammentreffen der beiden Factoren von selbst versteht; der Richter prüft nur, ob das Vorbringen der Partei, aus welchem dieselbe einen Schluß auf einen zu Begründung ihres Anspruchs gehörigen Umstand ziehen will, wirklich unter einen Obersatz als dessen Prämisse sich subsumiren läßt.

Die Beschaffenheit des Obersatzes ist es auch, welche die Vermuthung von andern Begriffen, die ihr ähnlich sind, unterscheidet, denn die Form der Schlußfolgerung findet sich noch anderweit, ohne daß von einer Vermuthung als einem besonderen Begriff mit Recht gesprochen werden kann. Um das Gebiet der Präsumtionen rein zu halten von nicht dahin gehörigen Begriffen, müssen wir den möglichen Inhalt des Obersatzes einer Schlußfolgerung ins

Auge fassen. Wir kommen damit zum Theil noch einmal auf das zurück, was wir bereits bei Gelegenheit der Unterscheidung der processualischen und materiellen Präsumtionen und der verschiedenen Bedeutung der letzteren sowie im vorigen Paragraphen kennen gelernt haben; wir betrachten es hier in einem anderen Zusammenhang, wodurch das oben Ausgeführte eine weitere Bestätigung erhält. Der Obersatz kann entweder lauten:

1) Wenn eine Thatsache vorliegt, dann ist auch eine rechtliche Folge vorhanden, oder:

2) wenn eine Thatsache vorliegt, dann ist auch eine andere Thatsache vorhanden.

Im ersten Fall kann natürlich der Obersatz nur vom Recht ausgesprochen sein, und es ist der Character dieser Rechtsbestimmung verschieden, je nachdem

a) die rechtliche Folge unlöslich, nothwendig mit der vorausgesetzten Thatsache verknüpft ist, oder

b) die Verbindung nicht eine solche nothwendige ist.

Im zweiten Fall besteht gleichfalls eine doppelte Möglichkeit, indem entweder

a) die aus der einen Thatsache gefolgerte andere Thatsache mit der ersten nothwendig zusammenhängt, oder

b) der Zusammenhang beider kein nothwendiger, sondern nur ein wahrscheinlicher, das Gegentheil also noch möglich ist.

Der Obersatz in diesem zweiten Hauptfall kann sowohl ein Rechtssatz als ein physisches Gesetz, aber auch eine blose Regel sein, die nach der Erfahrung den Zusammenhang der beiden Thatsachen als gewöhnlich ausspricht.

Die beiden Fälle unter 1a und 2a, wo der Zusammenhang der rechtlichen Folge mit der Thatsache, sowie der Zusammenhang der Thatsache mit der Thatsache ein nothwendiger ist, pflegte man früher, wenn nur im Fall 1a die Aufstellung des Rechtssatzes durch eine Wahrscheinlichkeitsannahme veranlaßt war, mit einem gemeinsamen Namen als praesumtiones iuris et de iure zu bezeichnen, während freilich auch Manche nur den Fall 1a darunter begriffen und den Fall 2a als praesumtio necessaria davon

ausschieden [1]); die Fälle hingegen unter 1b und 2b, wo der Zusammenhang nicht nothwendig, sondern das Gegentheil noch denkbar ist, nannte man praesumtiones iuris und hominis, wofür freilich die Criterien wieder verschieden waren. — Es kann nun der Fall, wo der Zusammenhang ein nothwendiger ist, wo der Obersatz ausspricht, daß aus einer Thatsache eine andere oder aus einer Thatsache ein Recht nothwendig und stets folge, wo die Verbindung der Folgerung mit der Prämisse als eine ganz unlösliche erscheint, sei es, daß dies positiv rechtliche Bestimmung, sei es, daß es Naturgesetz ist, — dieser Fall kann, wenn man nicht unter Präsumtion ganz allgemein Schlußfolgerung verstehn und durch diese Vagheit dem Begriff alle practische Brauchbarkeit nehmen will, nicht zu den Präsumtionen gerechnet werden. Sätze, wie z. E. wenn eine Frau gebiert, hat sie concumbirt und concipirt; wenn Rauch aus einem Hause aufsteigt, ist Feuer darin; wenn Jemandem der Kopf amputirt ist, ist er todt; wenn Jemand zu einer bestimmten Zeit in Rom gewesen ist, kann er nicht zu derselben Zeit anderswo gewesen sein, u. s. w., kann man ebensowenig Präsumtionen nennen, wie z. E. den Satz: wenn zwei Contrahenten sich über eine Waare und den Kaufpreis für dieselbe geeinigt haben, ist der Verkäufer dem Käufer zur Tradition der Sache ꝛc. verpflichtet, oder wenn Jemand eine res nullius in commercio occupirt, erwirbt er das Eigenthum daran u. s. w. Dort liegt eine physische Nothwendigkeit und daher, wenn es sich um die Frage nach dem Beweise handelt, absolute, nicht blos juristische Gewißheit vor, es ist also von einem Vorwegannehmen ohne Beweis, oder von einem Glauben ohne genügenden Beweis nicht die Rede. Hier haben wir eine juristische Nothwendigkeit, die mit dem Beweis, da es sich im Proceß nur um den Beweis von Thatsachen handelt, gar nichts zu thun hat. In den Fällen der letzteren Art wird allerdings, wie wir gesehen haben, der Ausdruck Praesumtio in den Quellen gebraucht, wenn der absolut geltende Rechtssatz einer Annahme des Gesetzgebers, einer legislatorischen Vermuthung seine Entstehung verdankt. Daß aber

[1]) Cfr. unten §. 36.

diesem Motiv dem einmal bestehenden und auf absolute Geltung Anspruch machenden Rechtssatz gegenüber irgend eine Bedeutung nicht zukommen kann, ist bereits an dem betreffenden Ort ausgeführt worden. Wir werden bei Gelegenheit der Besprechung der sogenannten praesumtiones iuris et de iure noch einmal hierauf zurückkommen. (§. 36.)

Es sind also vom Gebiete der civilistischen Präsumtionen im engeren Sinne auszuschließen diejenigen Schlußfolgerungen von einer Thatsache auf eine andere Thatsache oder auf eine rechtliche Folge, welche kraft Naturgesetzes oder Rechtssatzes als absolute, unabänderliche erscheinen. Das erste Merkmal dieser Präsumtionen ist, daß das Gegentheil des Gefolgerten als möglich denkbar sein muß. Der Obersatz darf weder ein physisches Gesetz noch ein mit dem Anspruch auf absolute Geltung auftretender Rechtssatz sein. — Indem man dieses negative Merkmal als wesentlich anerkannte, kam man dazu, die Vermuthung zu definiren als eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung, als einen Schluß, der nicht mit voller Sicherheit gezogen werden kann, als den Schluß von dem Einen auf das Andere, welches mit dem Erstern nicht in nothwendigem Causalzusammenhange steht, oder subjectiv als das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man sich bewußt ist, daß sie zur völligen Gewißheit an sich nicht hinreichen würden. Prüfen wir nun, welche Bewandtniß es mit dieser Wahrscheinlichkeitsfolgerung hat. Wie jeder Schlußfolgerung, muß auch die Wahrscheinlichkeitsfolgerung die Form haben: wenn das Eine ist, ist das Andere (maior); das Eine ist (minor), also ist das Andere (conclusio). Das Verhältniß von Obersatz und Untersatz ist nun dasselbe wie bei jeder anderen Schlußfolgerung, aber der Obersatz und damit der Schluß ist ein anderer: der Obersatz selbst ist nicht gewiß, also auch nicht der Schluß. — Wenn wir vom positiven Recht absehen, so lautet der Obersatz einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung: wenn das Eine ist, ist das Andere — wahrscheinlich; die concrete Folgerung aus dem Vorhandensein der Prämisse „das Eine ist" kann also auch nur lauten: das Andere ist wahrscheinlich. Und hier können und müssen wir, anders als bei dem Naturgesetz und dem absoluten Rechtssatz, nach dem

Warum fragen. Die causa proxima, so zu sagen, für die Annahme des zu beweisenden Umstands ist der Obersatz; was ist aber die causa remota, der Grund für die Aufstelluug des Obersatzes, der Grund des Grundes? Warum ist es wahrscheinlich, daß Jemand in urbe nicht metu compulsus etwas gezahlt hat, was er nicht schuldete, daß Jemand, der eine Zahlung empfangen hat, eine ihm geschuldete Leistung empfing, daß in einer gewissen Jahreszeit eine gewisse Temperatur herrscht, daß alte Eheleute keine Kinder zeugen? Die Antwort kann nur lauten: weil es gewöhnlich so ist, weil es die Regel ist, oder, wie es Feuerlein[2]) genauer ausdrückt, weil wir zwei Thatsachen, die wir durch Begriff oder durch Erfahrung als gewöhnlich verbunden und mit oder durcheinander gegeben erkannt haben, auch als im einzelnen Fall verbunden und mit oder durcheinander gegeben betrachten. — Es lassen sich aber hierüber objective, allgemein giltige Regeln nicht aufstellen; daß eine Thatsache regelmäßig in Verbindung mit einer anderen vorkommt ꝛc., giebt noch keine feste Norm, daß es in jedem Fall so ist; es ist nur wahrscheinlich, weil gewöhnlich. Wenn Meier[3]) sagt, es sei zu natürlich, daß das Wahrscheinliche und Glaubhafte so lange als wahr angenommen werde, als das Gegentheil nicht bewiesen worden sei, so ist das wohl im gewöhnlichen Leben richtig und kann auch Veranlassung für den Gesetzgeber werden, in Bezug darauf eine gesetzliche Bestimmung zu treffen, aber ohne eine solche ist es, in dieser Allgemeinheit wenigstens, entschieden falsch im Proceß, wenn es sich um den Beweis einer ungewissen Thatsache, um die practische Anwendung auf ein streitiges Rechtsverhältniß handelt. Der Richter soll und darf, wie wir bereits oben (§. 17.) gesehen haben, regelmäßig nicht nach der Wahrscheinlichkeit, nach dem Gewöhnlichen urtheilen; darf den nach den allgemeinen Principien Beweispflichtigen regelmäßig nicht schon dann als seine Pflicht erfüllt habend ansehen, wenn er hinsichtlich des zur juristischen Gewißheit zu erhebenden Umstandes blos menschliche Wahrscheinlichkeit erbracht hat, blos auf das Gewöhnliche sich zu berufen vermag. — Denn wenn es auch gewöhnlich so ist, so kann es

[2]) a. a. O. § 19.

[3]) Colleg. Argentor. in T. D. 22. 3. § 16.

doch gerade in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall anders sein; die Regel muß eben im concreten Fall zutreffen, damit der Richter einen Anspruch zu- oder aberkennt. Dieses Stellen auf das Gewöhnliche und Wahrscheinliche führt dann zu solchen Sätzen, wie: „weil die Codicillarclausel gewöhnlich einem Testament beigefügt wird, so ist auch im concreten Fall deren Beigefügtsein anzunehmen [4]), Sätze, deren Unrichtigkeit und Verkehrtheit in die Augen springt. — Nur wenn der Obersatz im positiven Recht anerkannt ist, wenn ein Rechtssatz auf Grund der natürlichen, menschlichen Wahrscheinlichkeit oder aus irgend einer anderen Veranlassung ausspricht, daß beim Vorhandensein einer Thatsache eine andere angenommen, aus der Existenz der einen die andere gefolgert werden solle, nur dann ist regelmäßig der Richter befugt, nach der Wahrscheinlichkeit zu entscheiden. Durch diese gesetzlich anerkannte Wahrscheinlichkeitsfolgerung wird zwar das Gefolgerte nicht absolut gewiß, so daß das Gegentheil nicht denkbar wäre, wohl aber ist es juristisch gewiß; menschlich ist es freilich auch nur wahrscheinlich, aber es ist nicht mehr juristisch blos wahrscheinlich, sondern juristisch wahr. Das Gesetz erklärt die menschliche Wahrscheinlichkeit als genügend, daß der Richter daraufhin sein Urtheil fälle. Die Bestimmung, daß die gleichlautende Aussage von zwei zulässigen, unverdächtigen Zeugen die Ueberzeugung des Richters begründen könne und solle, beruht auf der Annahme, daß zwei Zeugen sich nicht in gleicher Weise irren; nun bieten allerdings zwei Zeugen mehr Garantien als einer, aber absolute Gewißheit wird doch auch durch die beiderseitigen Aussagen nicht erbracht, das Ausgesagte bleibt an sich menschlich immer nur wahrscheinlich, aber es ist infolge der gesetzlichen Bestimmung nicht mehr juristisch blos wahrscheinlich d. h. zur Ueberzeugung nicht hinreichend, sondern juristisch gewiß. Auf diesem Grund, weil die juristische Gewißheit nicht mit der absoluten identisch ist und auch vom Gesetzgeber, dem es ja darum zu thun ist, der materiellen Wahrheit so nahe wie möglich zu kommen, nicht als identisch betrachtet werden will, beruht die Möglichkeit und Zulässigkeit des

[4]) Mantica Coni. ult. vol. Lib. I. Tit. 9. Nr. 1. Cfr. auch II. 1. Nr. 8. 15.

Gegenbeweises, die demnach nicht blos bei dem directen Beweis durch Zeugen u. s. w., sondern auch bei dem durch gesetzlich gebilligte Wahrscheinlichkeitsfolgerungen erbrachten anzuerkennen ist. Da hiernach Alles, was nicht absolute Gewißheit ist, in den Schranken der menschlichen Wahrscheinlichkeit bleibt, und Vermuthung auch als gleichbedeutend mit Wahrscheinlichkeit genommen wird, und da ja auch beim directen Beweis die Form der Schlußfolgerung sich herstellen läßt („wenn zwei Zeugen eine Thatsache aussagen, gilt die Thatsache als wahr"), so könnte man das Resultat eines jeden juristischen Beweises Vermuthung nennen, und das ist denn wohl auch der Weg, auf dem man dazu gekommen ist, die ganze Lehre vom Beweis unter der Lehre von den Präsumtionen abzuhandeln. Eine solche Verallgemeinerung des Begriffs kann aber nur zu Verwirrungen führen und hat in der That, wie dies hier nicht weiter dargethan zu werden braucht, dazu geführt. Es war daher ganz richtig, den unmittelbaren, auf das Sein oder Nichtsein der streitigen Thatsache direct gerichteten Beweis von dem künstlichen Beweis durch Schlußfolgerungen von der einen juristisch gewissen Thatsache auf eine andere juristisch ungewisse und speciell von den Präsumtionen zu trennen, obgleich die Eintheilung in künstlichen und nicht künstlichen Beweis eigentlich nur in der äußeren Form beruht, in welcher die Wahrscheinlichkeitsgründe sich darstellen. Man darf aber, um dies hier beiläufig zu bemerken, auch nicht theilweis in den gerügten Fehler wieder zurückfallen, indem man das Ergebniß des unvollständigen directen Beweises z. E. der Aussage nur eines Zeugen als Vermuthung bezeichnet, wie dies z. E. noch Weindler[5]) thut. — Wenn nun ein Rechtssatz, sei er durch das gesetzgeberische Organ im Staate oder durch Gewohnheitsrecht eingeführt, eine solche Wahrscheinlichkeitsfolgerung anerkannt hat, so ist das für den Richter eine objective Norm, deren Geltung nicht mehr von seinem Ermessen und seiner Prüfung abhängig ist; er muß ihn befolgen und seiner Entscheidung zu Grunde legen, soweit nicht eine Beschränkung desselben ausdrücklich ausgesprochen ist oder ohne dies in dem Character desselben liegt. Diese Beschränkung besteht aber

[5]) a. a. O. §. 28.

nach Obigem in der Zulässigkeit des Gegenbeweises. Insofern kommt der Grund der Aufstellung eines solchen Rechtssatzes, die menschliche Wahrscheinlichkeit, in Betracht, aber weiter nicht. Die Wahrscheinlichkeit mag der nächstliegende und häufigste Grund für eine soche rechtliche Bestimmung sein, aber es ist nicht mehr die Wahrscheinlichkeit, nach der der Richter entscheidet, sondern der wahrscheinliche Zusammenhang zwischen dem Einem und dem Anderen ist jetzt Rechtssatz; die Fassung ist jetzt: „wenn das Eine ist, ist das Andere — nicht blos juristisch wahrscheinlich, sondern — juristisch gewiß." Der Zusammenhang beruht nicht auf Erfahrungssätzen, Regeln u. s. w., sondern auf positiver Bestimmung. Es kann daher, wenn nur der Zusammenhang selbst rechtlich ausgesprochen ist, die menschliche Wahrscheinlichkeit ganz fehlen, indem auch andere Motive zur Aufstellung eines solchen Rechtssatzes die Veranlassung gegeben haben können, wie wir dies im Folgenden noch näher zu erörtern haben werden[6]).

Ich habe im Vorhergehenden von Präsumtion gesprochen als stände es fest, daß sie eine Schlußfolgerung ist. Die Frage liegt nahe, warum ich dieses Merkmal nicht in die Definition aufgenommen habe.

Vor Allem kann ich zu meiner Rechtfertigung sagen, daß im Wort der Begriff einer Schlußfolgerung nicht liegt, weder in praesumtio, noch in Vermuthung; beides bezeichnet nur das Annehmen ohne Beweis; auf welchem Weg man zu dieser Annahme kommt, ist nicht ausgedrückt. Es ist aber auch, abgesehen davon, auf der einen Seite die Form der Schlußfolgerung nicht wesentlich, auf der anderen kann man jede Rechtsvermuthung auf einen Schluß bringen, auch diejenigen, welche von Manchen als unächte Vermuthungen ausgeschieden werden.

Was die blos menschliche Vermuthung betrifft, so läßt sich diese nicht einmal immer auf eine Schlußfolgerung zurückführen, wenigstens wird man häufig zu einer Annahme nur auf dem Weg einer ganzen Reihe von Schlußfolgerungen kommen, über die man sich im Einzelnen und in ihrem Zusammenhange keine Rechenschaft

[6]) Cfr. §. 25.

ablegen kann, so daß sie eben äußerlich die Form der Schlußfolgerung ganz verlieren.

Wenn wir nun die Präsumtionen als Rechtssätze betrachten, so steht zunächst das Eine fest, daß jeder Rechtssatz factische Voraussetzungen hat, auf die er sich bezieht. Daher kann man jeden Rechtssatz auf eine Schlußfolgerung bringen, mag er in dieser Form ausgesprochen sein oder nicht. So läßt sich z. E. der Satz „Käufer trägt die Gefahr" in der Weise auflösen: „wenn zwischen zwei Personen ein Vertrag des und des Inhalts abgeschlossen ist, so liegt ein Kauf vor und wenn dieser Kaufvertrag zur Perfection gekommen ist, so geht auf denjenigen, der die Sache zu fordern berechtigt ist, die Gefahr über." Nun ist aber natürlich nicht jeder Rechtssatz eine Präsumtion, daher wird gewöhnlich das Gebiet der Präsumtionen in der Weise beschränkt, daß man dahin nur die Schlußfolgerungen von einer Thatsache auf eine andere Thatsache rechnet. Und allerdings ist in diesem Sinn stets eine Thatsache der Gegenstand der gesetzlichen Annahme, denn auch bei den materiellen Präsumtionen i. e. S. beruht die rechtliche Folge auf einer ohne Beweis angenommenen Thatsache. Wenn man aber diejenigen Rechtssätze, in welchen die Form der Schlußfolgerung von einer Thatsache auf eine andere nicht äußerlich hervortritt, als unächte Vermuthungen ausscheidet, so sehe ich dafür keinen hinreichenden Grund. Unger [7]) unterscheidet Interimswahrheiten von technischen Vermuthungen. Im letztern Fall sage das Gesetz „wenn A wahr ist, so ist B für wahr zu halten," während es im erstern sage „B ist ohne Weiteres für wahr zu halten, so lange nicht dessen Gegentheil bewiesen wird". Schon aus dieser formellen Fassung des betreffenden Gesetzes lasse sich erkennen, ob man es mit einer ächten oder unächten Vermuthung zu thun habe. Warum, frage ich, ist nur das eine ächte Vermuthung, wo „der den Richter zur Schlußfolgerung berechtigende und verpflichtende Umstand angegeben wird?" Doch nur deßhalb, weil Unger die Vermuthung definirt als Schlußfolgerung. In der früher citirten l. 11. §. 1. de R. D. haben wir einen Fall, wo zwar nicht selbst

[7]) a. a. O. § 130. N. 50.

eine Vermuthung aufgestellt, aber doch auf die Analogie einer solchen Bezug genommen wird: wenn bei der Geburt von Zwillingen zweifelhaft ist, ob der Knabe oder das Mädchen früher geboren worden, so soll das erstere angenommen werden, allerdings wegen des favor libertatis, aber quasi per praesumtionem priore masculo edito. Hier ist zunächst die formelle Fassung auch: das männliche Kind soll als zuerst geboren angenommen werden und doch scheut sich der Jurist nicht, dies mit einer Präsumtion und zwar offenbar im technischen Sinn zu vergleichen. Als Beispiele solcher Interimswahrheiten aus dem gemeinen Recht führt Unger an die Präsumtion, des frühern Todes eines der Commorienten, die Präsumtion, daß die von gewissen Personen geleistete Zahlung die Zahlung einer Nichtschuld sei, und die sogenannte praesumtio Muciana. Aber welcher Unterschied besteht z. E. zwischen dem ersten dieser Fälle und der Präsumtion, daß das im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geborne Kind ein eheliches sei, welche Unger als eine technische Vermuthung anerkennt? Wir haben bei beiden sogar dieselbe Fassung: „der im siebenten Monat der Ehe Geborene gilt als ehelicher Sohn — der in gemeinsamer Gefahr mit den Eltern umgekommene impubes gilt als vor den Eltern gestorben." Und auch wenn das Gesetz sagt: „B ist ohne Weiteres für wahr zu halten", so hängt das doch auch nicht vollständig in der Luft, es wird nicht ganz allgemein eine Thatsache als wahr angenommen z. E. Tod eines Menschen, sondern nur ein specieller Umstand, der im Zusammenhang mit einem anderen steht, z. E. wenn Eltern mit unmündigen Kindern zusammen sterben, wird der frühere Tod der unmündigen Kinder, wenn gewisse Personen eine Zahlung leisten, wird Zahlung einer Nichtschuld, wenn eine Ehefrau etwas erworben hat, wird Schenkung von Seiten des Mannes angenommen.

Mag aber nun auch eine Präsumtion sich auf eine Schlußfolgerung zurückführen lassen, was allerdings die Regel sein wird, so ist das doch nicht etwas für den Begriff wesentliches. Das Characteristische ist, daß etwas ohne Beweis angenommen wird. Ich halte den Streit überhaupt für überflüssig, indem meines Erachtens der zwischen den sogenannten Interimswahrheiten und ächten

Vermuthungen gemachte Unterschied ein practisch ganz unbedeutender ist. Diese sollen die Beweislast nur erleichtern, das Beweisthema nur in dem Sinn verändern, daß dem Beweispflichtigen gestattet werde, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz kraft gesetzlicher Vorschrift der Richter auf die Existenz jener schließen müsse; jene sollen von der Beweislast ganz befreien und dieselbe auf den Gegner überwälzen, sollen das Beweisthema und damit die Beweislast ganz und gar verändern, indem nicht die fragliche Behauptung, sondern ihr Gegentheil Gegenstand des Beweises werde [8]). Wenn aber ein impubes die condictio indebiti anstellt, muß er doch erst beweisen, daß er gezahlt hat: damit ist der Beweis des indebitum erleichtert und er davon befreit; und wenn Jemand einen Anspruch auf den vor dem Tod der Eltern erfolgten Tod des impubes stützt, muß er doch beweisen, daß Eltern und Kind in gemeinsamer Gefahr umgekommen sind: damit ist der Beweis des frühern Todes des impubes erleichtert und der Kläger von diesem Beweise befreit. Inwiefern ist dies hier anders, als wenn Jemand eheliches Kind eines Andern zu sein behauptet und sich zum Beweis dafür auf die hinsichtlich der ehelichen Geburt aufgestellte Präsumtion beruft? Wird er nicht auch hier vom Beweis der Ehelichkeit befreit, indem ihm dieser Beweis erleichtert wird? — Die Frage, worauf es hierbei eigentlich ankommt, ist: ob der Gegenbeweis in dem einen Fall anders gestaltet ist als in dem andern, ob bei den sogenannten ächten Vermuthungen der Beweis des Gegners desjenigen, für den die Vermuthung spricht, ein directer Gegenbeweis, bei den sogenannten Interimswahrheiten aber ein Hauptbeweis ist. Es ist jedoch, wie wir später sehen werden [9]), diese Frage bei beiden in gleicher Weise zu entscheiden.

---

[8]) Unger a. a. O. pag. 599. 600.

[9]) Cfr. unten §. 31. 32.

## Zweites Capitel.
## Veranlassungen und Voraussetzungen der civilistischen Präsumtionen i. e. S.

### §. 25.
### 1. Veranlassungen und Gründe, solche Präsumtionen als Rechtssätze aufzustellen.

Feuerlein[1]) meint, daß der Gesetzgeber keine Vermuthungen bilden könne, welche nicht in der Natur der Sache begründet seien, und stellt Regeln auf, nach welchen die Vermuthungen im allgemeinen gebildet werden müßten, und die zugleich als Erklärung der gesetzlichen Vermuthungsregeln dienen sollen.[2]) Es ist ein Aufwand von philosophischem Scharfsinn, der nur gegenüber unserem positiven Recht ganz verloren ist und de lege ferenda mindestens zweifelhaften Werth hat. — Die Dreitheilung von Weber[3]) — die Gründe der Vermuthungen werden hergenommen a) aus dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, wie ihn die Erfahrung darstellt, b) aus den Wirkungen und Folgen, welche die Natur der Dinge, der persönlichen Verhältnisse und Handlungen an sich zwar mit sich bringt und erwarten läßt, die aber doch nicht durchaus noth-

[1]) a. a. O. §. 19. N. r. sub. 3). Auch die Commentatoren sagen: praesumtiones legis non aptantur nisi super verisimili cfr. z. E. Baldus in l. ult. C. de hered. instit. Ultima nota und oppos. 20. Mascard Vol. I. qu. 10. Nr. 35., obgleich die von ihnen selbst aufgezählten praes. legis häufig nichts weniger als super verisimili sind. — Nach Brissonius de verb. signif. v. Praesumtio ist Präsumtion die opinio vel coniectura ducta ab eo, quod ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidere solet. — Auch die späteren Schriftsteller führen das id quod plurimum fit häufig an, entweder als Grund für specielle Vermuthungen oder selbst als allgemeine praesumtio ex eo, quod plurimum fit, doch wird dabei hervorgehoben, daß es Ausnahmen gebe. Cfr. z. E. Leyser Med. ad. Pand. Spec. 613. med. 9—11.

[2]) Cfr. über die drei von ihm aufgestellten Grundformen des Verhältnisses zweier Thatsachen — das Verhältniß von Substanz und Accidens, das Verhältniß von Ursache und Wirkung, und das der Wechselwirkung — das oben §. 7. Gesagte.

[3]) a. a. O. §. 2.

wendig damit verknüpft sind, c) wegen der blosen Möglichkeit einer Thatsache, die zwar an sich und allein noch keinen Grund giebt, Etwas als wirklich zu vermuthen, die aber vom Gesetz zum Besten gewisser Personen und um größere Nachtheile zu verhüten, bisweilen als zureichender Grund angenommen werden kann, um die Wirklichkeit derselben einstweilen zu vermuthen — leidet vor Allem an dem logischen Fehler, daß der erste und der zweite Grund als gleichartig neben einander gestellt werden, während der zweite nur eine specielle Anwendung des ersten ist: dort wird das Gewöhnliche allgemein als Grund angeführt, hier speciell die gewöhnlichen Wirkungen. Insofern ist die Auffassung von Tevenar[4]) und Feuerlein richtiger, indem beide als gemeinsame Wurzel der Vermuthungen die Wahrscheinlichkeit, das Gewöhnliche annehmen.

Es ist unzweifelhaft, daß die Wahrscheinlichkeit eines Umstandes der vorzüglichste Grund für den Gesetzgeber ist, die Vorschrift zu geben, daß dieser Umstand ohne den sonst nöthigen formellen Beweis als wahr angenommen werden solle. Wie ius non aptatur ad ea quae raro eveniunt,[5]) so auch die Präsumtionen, diese eigenartigen Rechtssätze. Eine Zergliederung des Wahrscheinlichen brauchen wir dann aber nicht mehr vorzunehmen, es ist im Grund einerlei, ob das als wahrscheinlich Angenommene eine wahrscheinliche Eigenschaft oder eine wahrscheinliche Wirkung und Folge oder eine wahrscheinliche Ursache ist, am Wesen der Präsumtion wird dadurch nichts geändert. Das ganz Gewöhnliche ist übrigens, daß von einer Thatsache als Wirkung auf eine andere als Ursache geschlossen wird. Als Beispiel, in welchem die Wahrscheinlichkeit der Grund der Aufstellung einer Präsumtion gewesen ist, mag die Präsumtion der l. 3. C. de apoch. publ. und der l. 24. h. t. sowie die auf Gewohnheitsrecht beruhende Präsumtion des Todes eines Verschollenen dienen.

Aber die Wahrscheinlichkeit ist nicht der alleinige Grund. Wenn Feuerlein meint, es wäre andernfalls nicht Vermuthung, sondern Gesetz, so versteht er eben unter Vermuthung nur Wahr-

---

[4]) Theorie der Beweise im Civilproceß (1780.) pg. 26.

[5]) l. 3. de legg. 1. 3.

scheinlichkeit und unter gesetzlicher Vermuthung die gesetzlich anerkannte Wahrscheinlichkeit. Dagegen muß man jedoch erinnern, daß der Begriff an sich ein weiterer ist, nämlich Annahme ohne Beweis, und daß ein Gesetz, wenn es vorschreibt, das Wahrscheinliche anzunehmen, darum doch nicht weniger Gesetz ist, als wenn etwas blos Mögliches sanctionirt wird. Wenn einmal aus irgend einem Motiv der positive Rechtssatz aufgestellt ist, daß Etwas als juristisch wahr angenommen werden solle ohne Beweisführung, dann ist das Motiv insofern gleichgiltig, als der Rechtssatz mit diesem Inhalt, der seinen Character als Präsumtion bestimmt, Geltung hat, mag der Grund für seine Aufstellung die Wahrscheinlichkeit oder etwas anderes gewesen sein. Wollte man nur dann von Präsumtion sprechen und nur dann die Wirkung der Präsumtion eintreten lassen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Grund wäre, so würde man eine Prüfung des Richters zulassen, ob das Angenommene in der That wahrscheinlich sei, und das würde bei dem vagen und mehr oder weniger subjectiven Begriff der Wahrscheinlichkeit dahin führen, daß die Geltung des positiven Rechts von dem Ermessen des Richters abhinge. Und da die Wahrscheinlichkeit nach der gewöhnlichen menschlichen Anschauung, trotz Weindler, Grade hat, welchen Grad der Wahrscheinlichkeit wollte man verlangen? Ein halbjähriges Kind stirbt mit dem Vater zusammen in einem Schiffbruch: hier ist es sehr wahrscheinlich, daß das Kind früher gestorben ist; ein fast vierzehnjähriger kräftiger Knabe stirbt in gemeinsamer Gefahr mit der Mutter zusammen: hier ist der frühere Tod des Kindes weniger wahrscheinlich. Soll die Präsumtion nur im ersten Fall gelten? Kann man mit Baldus (in l. 2. C. de sicar. 9. 16.) hier sagen, diejenige Präsumtion sei die wirksamere, die die wahrscheinlichere sei? Gewiß nicht. Es kann vielmehr auch die geringere Wahrscheinlichkeit, ja die blose Möglichkeit Berücksichtigung finden, und ist das geschehen, so ist die Wirkung eine gleiche, ja sie kann, wie wir dies später an dem Beispiel der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant in Bezug auf den gegen dieselbe zu führenden Gegenbeweis sehen werden, bisweilen eine noch größere sein. Die Möglichkeit eines Umstandes ist freilich in einem solchen Fall nicht selbst der Grund,

die Präsumtion aufzustellen, sondern die Möglichkeit wird berücksichtigt aus einem anderen Grund, wie in dem eben angeführten Beispiele wegen der physischen Unmöglichkeit eines directen Beweises der Vaterschaft, wozu vielleicht als weiterer Grund noch die Absicht, derartige Erörterungen wegen der honestas matrimonii möglichst abzuschneiden, gekommen sein mag. Ebenso wenig ist z. E. bei der praes. Muciana von einer Wahrscheinlichkeit, daß der Erwerb der Frau vom Ehemann herrühre, die Rede, vielmehr ist für diese Annahme und für die Aufstellung dieses Rechtssatzes ausdrücklich ein anderer Grund — evitandi turpis quaestus causa — angegeben. So sagt auch Unger, [6]) zur Aufstellung der Interimswahrheiten schreite das Gesetz infolge von Wahrscheinlichkeitsberechnungen oder aus Motiven der Billigkeit, der Sittlichkeit oder der Nützlichkeit. Es paßt das aber nicht weniger auf die sogenannten ächten Vermuthungen.

Also Feuerlein hat Unrecht. Da wo der Obersatz so feststeht wie bei einer Rechtsvermuthung, brauchen wir nicht nach dem Warum zu fragen, wenn es sich blos darum handelt, ob der Rechtssatz gilt. Vortrefflich sind die Bemerkungen Collmann's [7]) über diesen Punct: „Es ist nicht nur eine überflüssige, sondern auch eine ganz verkehrte Arbeit, den etwaigen Grund einer solchen Rechtsvermuthung erforschen zu wollen. Mag dieser Grund in einer speciellen Auctorität oder in der herrschenden Ansicht des Zeitalters, in welchem das Gesetz entstanden, oder aber in der Absicht liegen, da, wo außerdem selten oder nie juristische Wahrheit zu finden wäre, solche hervorzubringen — alles dies ist ganz gleichgiltig." Und ferner: „die Präsumtion der l. 24. h. t. beruht auf logischen, die der l. 12. de statu hom. 1. 5. auf physicalischen Gründen; dies kommt aber für uns nicht in Betracht, jede dieser Vermuthungen würde gelten, auch wenn der untergelegte Grund als unrichtig nachgewiesen werden könnte. Von der cancellatio wird direct die liberatio, von der im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe erfolgten Niederkunft die Ehelichkeit des Kindes angenommen; die angenommene Tilgung der Schuld gründet sich auf

[6]) a. a. O. §. 130. N. 50. am Ende.

[7]) a. a. O. (cfr. oben §. 1.) pag. 43. pag. 87. 88.

eine vorausgegangene Zahlung oder Remission, die angenommene eheliche Geburt auf die Voraussetzung des sogleich erfolgten Beischlafs; aber diese Annahme der Zahlung und des sofort erfolgten Beischlafs sind nicht die Vermuthung selbst, sondern nur das verbindende Mittelglied zwischen dem vorliegenden und dem vermutheten Factum."

Es ist also der Grund, die Entstehungsgeschichte einer Präsumtion für den Begriff derselben gleichgiltig; auf ihre Geltung und ihre Anwendbarkeit im einzelnen Fall, wenn sie einmal als Rechtssatz feststeht, ist die Veranlassung, warum sie aufgestellt ist, ohne Einfluß. Ein Unterschied, der zwischen einzelnen Präsumtionen besteht, und der sich auf die Beschaffenheit des gegen sie zu führenden Gegenbeweises bezieht, läßt sich weniger auf die Veranlassung als auf den Inhalt und Zweck derselben zurückführen.

## §. 26.

### 2. Voraussetzungen, unter welchen ein Rechtssatz als Präsumtion aufzufassen ist.

So wenig nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten die Wahrscheinlichkeit der alleinige Grund für den Gesetzgeber ist, eine Präsumtion aufzustellen, so wenig ist die Wahrscheinlichkeit des Angenommenen bezüglich unsere Ansicht, daß das Angenommene in der That im Allgemeinen wahrscheinlich sei, Voraussetzung dafür, daß bei einem gegebenen Rechtssatz die Frage, ob er eine Präsumtion enthält, bejahend zu beantworten ist. Nicht blos da liegt eine Präsumtion vor, wo etwas Wahrscheinliches ohne Beweis angenommen werden soll, wie dies das Beispiel der praesumtio Muciana und der Präsumtion, daß das im siebenten Monat der Ehe geborne Kind ein eheliches sei, unwiderleglich darthun.

Mit diesem negativen Resultate können wir uns aber nicht begnügen. Wir müssen die Frage positiv so stellen: wann können wir sagen, daß ein Gesetz eine Präsumtion sei? Für die Beantwortung dieser Frage ist schon Material in dem früher Erörterten enthalten; hier müssen wir näher darauf eingehen und die Frage, insbesondere in Bezug auf die Quellen unseres gemeinen Rechts, eingehend behandeln.

Um mit einer Negative den Anfang zu machen, so stehen die beiden Sätze unbestreitbar fest: nicht jede Erwähnung des Wortes praesumtio, noch weniger das Vorkommen ähnlicher Ausdrücke, wie videtur, intelligitur, plerumque, credendum est u. s. w., mit welchen allerdings eine Präsumtion aufgestellt sein kann, beweist das Vorhandensein einer eigenartigen Präsumtion, einer civilistischen Präsumtion i. e. S.; umgekehrt ist nicht blos da eine solche anzunehmen, wo sich dieses Wort findet, denn gerade bei denjenigen Rechtssätzen, welchen diese Eigenschaft von Allen zuerkannt wird, z. E. l. 12. de statu hom., l. 3. C. de apoch. publ., ist dieser Ausdruck nicht gebraucht; wie sollte es auch, wenn man dieses Erforderniß aufstellen wollte, in einem Fall sein, wo die Vermuthung nicht auf Gesetz, sondern auf Gewohnheitsrecht beruht, wie die Präsumtion des Todes eines Verschollenen? Was insbesondere den ersten Satz betrifft, so liefern einen Beleg dafür, wenn es überhaupt eines Belegs bedarf, eine Reihe der oben (§. 14.) angeführten Stellen des corpus iuris civilis, auf die ich hier nur zu verweisen brauche; eine noch reichere Ausbeute gewährt das corpus iuris canonici, wo das Wort vielfach in Bedeutungen vorkommt, die mit unserm Begriff nur eine entfernte Beziehung haben [1]).

Gehen wir aber nun zu der Frage, wann in einer Stelle unserer Rechtsbücher eine solche eigenthümliche Präsumtion enthalten sei, selbst über, so ist zunächst zu constatiren, daß die meisten Schriftsteller die Frage nicht in dieser Weise gestellt haben. Abgesehen von denjenigen, welche wie Feuerlein einen Unterschied zwischen gesetzlichen und gemeinen Vermuthungen überhaupt nicht anerkennen und sich daher auch auf eine Erörterung der Frage, was eine gesetzliche Vermuthung sei, nicht näher einlassen, wird von den Einen — indem sie von dem allgemeinen Begriff der Präsumtion als Wahrscheinlichkeit oder wahrscheinlicher Schlußfolgerung bezüglich Annahme eines Umstands auf Grund einer

[1]) Besonders häufig kommt hier praesumere in der Bedeutung „sich unterfangen, anmaßen“ vor. Cfr. z. E. cap. 12. X. de sent. et re iudic. 2. 27. D. 100. c. 8, cap. 8. X. de vita cler. 3. 1. cap. 4. X. de procur. 1. 38. cap. 1. X. de cleric. non resid. 3. 4. c. 9. 11. C. 25. qu. 2. D. 28. c. 4. 10.

solchen Wahrscheinlichkeitsfolgerung ausgehen — der Unterschied allgemein darin gefunden, daß jene eine Schlußfolgerung des Gesetzgebers, diese eine Schlußfolgerung eines andern Menschen, speciell des Richters sei, daß jene vom Recht gebilligt werde, während es dieser an einer solchen Anerkennung fehle[2]. Darauf, in welcher Weise diese approbatio legis stattfindet, wird aber nicht näher eingegangen; daher kommt es, daß die Wirkungen einer solchen praesumtio iuris bei den verschiedenen Schriftstellern verschieden angegeben werden, indem Manche jeder solchen Präsumtion, die überhaupt einmal in den Rechtsquellen erwähnt oder als erwähnt untergeschoben wird, die Kraft zuschreiben, daß sie onus probandi übertrage, wogegen dann freilich im einzelnen Fall wieder stark gefehlt wird, während Manche, die die gleiche Bezeichnung haben, ihr diese Wirkung nur beilegen, wenn das Gesetz sie für so wahr halte, daß sie vollen Beweis mache[3]. — Nach Andern besteht das Criterium nicht darin, ob eine Präsumtion vom Gesetzgeber gebilligt bezüglich in den Quellen erwähnt ist, sondern es wird, noch unrichtiger, nach der Wirkung definirt, entweder allein hiernach oder in Verbindung mit dem Moment der Schlußfolgerung, sei es, daß das Ausgedrücktsein dieser Wirkung in den Quellen verlangt wird oder nicht. Dahin gehören die Definitionen der Glosse, ferner die: praesumtio iuris est legislatoris ad verisimile applicatio onus probandi transferens, während eine praesumtio hominis dann vorliegen soll, quando praesumtionis effectus in iure non est expressus, sed in iudicis ut boni viri arbitratu dimissus[4]; ja auch dasjenige, was häufig geschieht, wird der praesumtio iuris gleichgestellt[5]. — Genauer geht Böhmer[6] zu Werk. Im Allge-

---

[2]) Cfr. z. B. Mascard Vol. I. qu. 10. Nr. 8. squ. Nr. 23. Nr. 31. — Lauterbach Coll. theor. pract. in T. D. 22. 3. §. 42. — Mantica l. c. Lib. 1. Tit. 2.

[3]) Cfr. z. B. Menochius Lib. I. qu. 33. Pacianus l. c. Lib. I. cap. 8. 12.

[4]) Cfr. z. B. Salicetus in T. C. de prob. l. 16. Baldus eod. Nr. 16.

[5]) Cfr. z. B. Gl. Praesumtionem ad l. 25. h. t. Gl. Elegerunt ad l. 3. eod.

[6]) l. cit. §. 3. 8. 9.

meinen liegt nach ihm eine praesumtio iuris dann vor, wenn eine Vermuthung durch ein Gesetz bestätigt ist, eine praesumtio hominis dann, wenn der Richter ohne diese Bestätigung vermuthet. Aber ex sola legis approbatione non oritur statim praesumtio iuris, sondern dazu sind bestimmte Voraussetzungen erforderlich: einmal, daß die Vermuthung ex certis coniecturis hervorgehe; ferner daß die Vermuthung interim pro vero habetur; und endlich, daß das Gesetz bestimme, der Gegenbeweis sei zulässig. Die Fragstellung ist hier schon besser, aber die Beantwortung ist nicht richtig.

Wenden wir uns nun zu dieser selbst. Wir sind davon ausgegangen, daß die Präsumtionen, hinsichtlich deren überhaupt feste Normen aufgestellt werden können, Rechtssätze mit besonderem Inhalte sind. Wenn man dies festhält, so ergeben sich die beiden Voraussetzungen, unter denen wir die Existenz einer solchen Präsumtion annehmen können, — es muß einmal ein Rechtssatz vorliegen und dieser Rechtssatz muß den bestimmten Inhalt haben. Im Proceß ist eine Annahme ohne Beweis, die im Recht nicht anerkannt ist, unzulässig; nur die Auctorität des Rechtes kann sie rechtfertigen. Sie muß sich also zurückführen lassen auf einen der beiden Entstehungsgründe alles objectiven Rechtes, sie muß entweder sanctionirt sein durch einen Act der gesetzgeberischen Gewalt, oder sie muß ein Satz des Gewohnheitsrechts sein. Das Letztere wird aber darum das Seltenere sein, weil eine solche Befreiung des Beweispflichtigen von dem, was er nach allgemeinen Regeln zu beweisen hat, immer eine singuläre Bestimmung ist. Die wichtigste Präsumtion, welche ihren Ursprung dieser Rechtsquelle verdankt, ist die Präsumtion des Todes eines Verschollenen. Viel häufiger aber sind die Präsumtionen, die durch das gesetzgeberische Organ eines Staates aufgestellt werden. Wenn nun die Existenz des Rechtssatzes selbst feststeht, so kann es natürlich immer noch zweifelhaft sein, ob der betreffende Rechtssatz eine Präsumtion ist. Und hier giebt uns denn zunächst der Inhalt desselben Aufschluß. Wenn der Inhalt des Rechtssatzes dahin geht, daß ein Umstand, der nach den gewöhnlichen Beweisregeln des Beweises bedürfte, ohne solchen Beweis als wahr angenommen wird — sei es, daß direct vorge-

schrieben ist, der an sich des Beweises bedürftige factische Umstand solle ohne weiteres angenommen werden, z. B. „wenn Eltern zusammen mit unmündigen Kindern in gemeinsamer Gefahr umgekommen sind, soll angenommen werden, die unmündigen Kinder seien vor den Eltern gestorben", oder „wenn der Schuldschein, vom Gläubiger zerrissen ist, soll die Liberation des Schuldners vermuthet werden", sei es, daß diese Annahme doch die Voraussetzung für eine materiellrechtliche Bestimmung bildet, so daß mit letzterer auch die erstere ausgesprochen ist, wie dies oben im Bezug auf das Pfandrecht der Argentarii an der präsumtiv mit dem von ihnen dargeliehenen Geld gekauften Militia näher nachgewiesen ist — so liegt eine eigenartige Präsumtion von selbständiger Bedeutung vor. Wenn das immer so klar dispositiv ausgesprochen wäre, so wäre die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtssatz eine Präsumtion sei, nicht schwierig. In neueren Gesetzbüchern wird nun auch in der That die Beantwortung weniger Schwierigkeiten bereiten, wenn man nur die oben (§. 23.) näher angegebenen Merkmale festhält und diejenigen Sätze ausscheidet, die Ausflüsse anderer Grundsätze, entweder der gewöhnlichen Beweisregeln oder der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses selbst sind. Und Gleiches gilt bei einem Satze, dessen Quelle das Gewohnheitsrecht ist. Aber nicht so leicht ist die Entscheidung, ob in einer einzelnen Stelle der beiden Rechtsbücher, welche die Quellen unseres gemeinen Rechtes sind, des corpus iuris civilis und canonici, eine Präsumtion enthalten ist. Denn wir finden hier der ganzen Anlage dieser Rechtsbücher gemäß eine große Zahl von Stellen, die nicht in einer imperativen Form, wie etwa die XII Tafeln vorschreiben, „es soll der und der Umstand ohne Beweis angenommen werden", sondern welche die Form einer casuistischen Entscheidung tragen. Statt vieler Beispiele nur das eine:

l. 23. de R. D. 34. 5. Cum pubere filio mater naufragio periit. Cum explorari non possit, uter prior extinctus sit, humanius est, credere, filium diutius vixisse [7]),

[7]) Noch mehr trägt den Stempel der Entscheidung eines concreten Falles die l. 26. pr. de pact. dotal. 23. 4.: — mulier naufragio cum anniculo filio periit. Quia verisimile videbatur, ante matrem infantem

während in der folgenden l. 24. bestimmter ausgesprochen wird: Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur.

Es ist nun nicht zu bezweifeln, daß auch solche casuistische Entscheidungen durch die Aufnahme in das Justinianeische Rechtsbuch oder das corpus juris canonici an sich die Bedeutung einer allgemein verbindlichen Norm erhalten haben und daß also auch eine wahre Präsumtion in einer solchen Form enthalten sein kann. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß wir in jedem Fall, wo in den Quellen eine Thatsache als bewiesen angenommen oder eine Streitfrage zwischen den Parteien in Gemäßheit dieser Annahme entschieden wird, eine Präsumtion mit deren eigenthümlichen Grundsätzen zu erblicken hätten. Wir müssen vielmehr bei dieser Prüfung vor allen Dingen das negative Moment festhalten, daß die in der betreffenden Stelle ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene Annahme nicht blos Resultat der Erwägung des concreten Falles und des Ineinandergreifens verschiedener Thatsachen und besonderer Verhältnisse und deren besonders gearteten Zusammenhanges sein darf. Da, wo eine vorhergehende Beweisführung in der Weise vorausgesetzt wird, daß es jedesmal noch einer Prüfung des erkennenden Richters bedarf, ob durch die vorgebrachten und bewiesenen Thatsachen der Beweis des eigentlich zu beweisenden Umstandes erbracht sei; da, wo die Voraussetzung für die Annahme nicht von vornherein für alle Fälle feststeht, der Schluß also nicht aus einem objectiv feststehenden Obersatz erfolgt, sondern aus dem Zusammenhang der Umstände des concreten Falls für diesen Fall speciell erst gezogen wird, in jedem anderen Fall aber bei einer geringen Veränderung der Sachlage als unzutreffend erscheinen kann und eine neue Prüfung und Erwägung nöthig ist, ob der Schluß, die Annahme auch hier zulässig sei, — da ist von einer Präsumtion als einem objectiven für alle Fälle in gleicher Weise geltenden Rechtssatz keine Rede. Es wird dann in der That nicht

---

periisse, virum partem dotis retinere, placuit. (Es war ausgemacht worden, daß, wenn der Sohn vivente matre sterbe, der Mann einen Theil der dos, wenn aber beim Tod der Frau ein filius superstes sei, der Mann die ganze dos behalten solle.)

ein Umstand ohne Beweis, sondern infolge Beweises als bewiesen angenommen. Das beste Beispiel bietet die l. 26. h. t., deren Bedeutung schon oben (§. 13.) erörtert ist. Der Kaiser, dem dieser Fall zur Entscheidung vorlag, schließt die Compensation mit der Forderung auf das Fideicommiß aus, weil er nach Erwägung aller der verschiedenen Umstände — Procula hat es bei Lebzeiten nie gefordert, sie hat auch den Anspruch nicht compensando geltend gemacht, obgleich sie Gelegenheit dazu gehabt und zwar nicht blos einmal, sondern wiederholt, sie hat vielmehr ohne alle Weigerung gezahlt, außerdem hat sie in naher verwandtschaftlicher Beziehung zu dem Fiduciar gestanden — annahm, daß dieser Unterlassung der Geltendmachung die Absicht des gänzlichen Erlasses zu Grund gelegen habe. Der Unterschied zwischen diesem Fall und anderen Stellen, in denen eine wahre Präsumtion enthalten ist, springt in die Augen. Wenn die betreffende Stelle lautet: „wenn der Schuldschein zerrissen ist, gilt der Schuldner als liberirt; wenn ein Kind im siebenten Monat nach Eingehung, im zehnten Monat nach Trennung der Ehe geboren ist, ist zu glauben, daß das Kind ein eheliches sei; wenn die Mutter mit einem unmündigen Kind im Schiffbruch ums Leben gekommen ist, wird angenommen, das unmündige Kind sei vor der Mutter gestorben; von denjenigen Gegenständen, von welchen die Ehefrau nicht nachweisen kann, woher sie dieselben hat, wird angenommen, sie seien ihr vom Manne geschenkt u. s. w.“, so geht das, was im Gesetz angenommen wird, nicht aus einer Erwägung der concreten Verhältnisse hervor, ist nicht Resultat der Beweisführung in Bezug auf das eigentlich zu beweisende Factum, nicht subjectives concretes Urtheil über einen einzelnen Fall, sondern es ist allgemein objective Regel, losgelöst von allem Zusammenhang und von der Beziehung auf besondere Umstände, nach welcher ein für allemal beim Vorhandensein der bestimmten in ihrer Individualität angegebenen Thatsache die angenommene Thatsache von selbst folgt, mag dann im Uebrigen die betreffende Stelle dispositiv vorschreiben „es soll angenommen werden“ z. E. bei Geburt im siebenten Monat der Ehe Ehelichkeit des Kindes, oder mag die Form, in der die Regel ausgesprochen wird, die der Bezugnahme auf einen einzelnen Fall

sein, wie z. E. in l. 23. de R. D.: „eine Mutter ist mit ihrem unmündigen Kinde ums Leben gekommen, es wird geglaubt, das Kind sei früher gestorben."

Ich halte daher das, was Weber[8]) über diesen Punct sagt, für richtig: „Haben die Gesetze einen gewissen Umstand nicht schon an sich und allgemein als Vermuthungsgrund für die Existenz eines andern anerkannt, sondern nur in Bezug auf die ihn begleitenden Nebenumstände und persönlichen Verhältnisse, von denen es erst abhängt, ob die Schlußfolgerung mit Sicherheit darauf gebaut werden kann, so ist das ein besonders sicheres Kennzeichen, daß die Gesetze ihn blos als praesumtio hominis behandelt haben, wenngleich in diesem Betracht die Wahrscheinlichkeit durch das Zusammentreffen mehrerer Umstände und Verhältnisse so dringend sein kann, daß sie nach Vorschrift des Gesetzes sogar die Stelle eines völligen Beweises vertreten dürfte". — Noch präciser drückt sich Collmann aus[9]). „Die Voraussetzung einer Rechtsvermuthung ist, daß das wirkliche Factum, welches sie als ihre Grundlage voraussetzt, vom Gesetz so genau bestimmt werden muß, daß es durchaus keiner Argumentation bedarf, um etwa den Zusammenhang des vermutheten Factums mit dem wirklichen Factum zu finden. Wo noch eine Beurtheilung in concreto vorausgesetzt wird, kann von keiner Rechtsvermuthung die Rede sein. Es gehören dahin alle Stellen, in welchen ein einzelner Fall entschieden ist, hier aber entweder die der Entscheidung zu Grund liegende Thatsache sich nicht in ihrer Individualität angegeben findet, oder aber die Entscheidung überhaupt eine processualische Verhandlung der Sache voraussetzt".

Die Merkmale der civilistischen Präsumtionen sind demnach im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf bestimmte Rechtsquellen folgende:

1) Es muß ein Rechtssatz vorliegen, also entweder ein Satz des Gewohnheitsrechts oder ein Gesetz. Wo dies nicht der Fall ist, kann stets nur von einer blos menschlichen Wahrscheinlichkeit die Rede sein.

---

[8]) a. a. O. §. 6.

[9]) a. a. O. §. 29. pag. 44.

2) Andererseits ist natürlich nicht jeder Rechtssatz eine Präsumtion; es gehört zu deren Begriff die ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung, daß ein gewisser nach den gewöhnlichen Beweisregeln des Beweises bedürftiger Umstand als wahr angenommen werden soll.

Um aber speciell bei einer Stelle des corpus iuris, in welchem ja häufig ein Rechtssatz in Form einer casuistischen Entscheidung auftritt, sagen zu können, daß sie eine civilistische Präsumtion enthalte, ist es nothwendig, daß die oben besprochenen Voraussetzungen vorliegen. Bei einer Mehrforderung nicht weniger, als bei einer Minderforderung verkennt man das Wesen dieser Präsumtionen. So fordert z. E. Böhmer für den Begriff einer praesumtio iuris entschieden zu viel. Richtig ist nur die zweite Voraussetzung, daß das Vermuthete interim, d. h. nach ihm selbst ante legitimam probationem, pro vero sumitur. Dagegen, daß das Gesetz etwas präsumiren müsse ex certis coniecturis, ist unrichtig und eine Verwechselung der Frage nach der gewöhnlichen Veranlassung für den Gesetzgeber, eine Präsumtion aufzustellen, mit der Frage nach den Voraussetzungen, unter denen wir eine Präsumtion in einer Stelle anzunehmen haben, eine Verwechselung, die ihn noch weiter dazu verleitet hat, Grade der praesumtio iuris anzunehmen, und nicht weniger falsch ist das letzte der angegebenen Merkmale, daß nämlich lex, quae onus probandi contrarium in adversarium reiicit, simul disponat, hic admitti debere probationem in contrarium, wenigstens ist die ausdrückliche Erwähnung der Zulässigkeit des Gegenbeweises unzweifelhaft kein Erforderniß. Allerdings kommt es vor, daß in der betreffenden Stelle selbst oder in einer andern auf die fragliche Präsumtion Bezug habenden des Gegenbeweises und seiner Zulässigkeit Erwähnung geschieht (nisi contrarium probetur, nisi evidentissimis probationibus contra probetur u. ä.); aber ebenso oft wird dies nicht besonders hervorgehoben, ohne daß dadurch der Character der Präsumtion alterirt würde. Das Gleiche gilt von dem von Manchen (z. E. Böhmer, Weindler) aufgestellten Erforderniß, daß die Wirkung der Präsumtion und speciell die Wirkung des onus probandi transferre im Gesetz ausgesprochen

sein müsse, widrigenfalls die im Gesetz erwähnte doch nur auf gleicher Stufe mit der nicht gesetzlichen Vermuthung stehe. Wo diese Wirkung einer im Gesetz aufgestellten Annahme besonders ausgesprochen ist, wird man allerdings um so leichter dem betreffenden Rechtssatz den Character einer Präsumtion beilegen, ohne daß man aber darum sagen könnte, im entgegengesetzten Falle liege keine Präsumtion vor; vielmehr ist in den wenigsten Fällen, in denen wir eine Präsumtion anzunehmen berechtigt sind, diese Wirkung unmittelbar aus den Worten des Gesetzes ersichtlich. Man ist zu dieser plus petitio gelangt infolge des an sich anzuerkennenden Bestrebens, das über das Maß ausgedehnte Gebiet der Präsumtionen in engere Schranken einzuschließen, und ist dabei nur, wie das häufig geschieht, über das Ziel hinausgegangen und in das andere Extrem verfallen. Das Bestreben ist wie gesagt durchaus anzuerkennen, denn die Facilität in der Annahme einer gesetzlichen Präsumtion war es gerade, die in dieser Lehre eine so große Verwirrung und Verrückung der Grenzen herbeigeführt hat, daß ein iudicium finium regundorum zu den schwierigsten Aufgaben gehört. Hierauf ist nun im Folgenden etwas näher einzugehen, und wenn auch unmöglich alles dasjenige, was jemals mit Unrecht als Präsumtion bezeichnet und behandelt worden ist, hier aufgezählt werden kann, so soll doch an einigen Hauptbeispielen die Wahrheit des Gesagten nachgewiesen werden.

Dabei ist denn der Satz an die Spitze zu stellen: ex sola legis approbatione non oritur statim praesumtio iuris (Böhmer). Daß die blose Erwähnung des Wortes praesumtio in den Quellen nicht genügt, um von einer wahren Präsumtion sprechen zu können, und daß man an sich dem blosen Vorkommen von Ausdrücken, die auf das Wahrscheinliche und Gewöhnliche hindeuten, ebenso wenig ein Gewicht beilegen kann, ist bereits oben erwähnt worden. Ich hebe das Beispiel heraus, dessen sich auch Weber (a. a. O. §. 7.) bedient, obgleich er die Stelle nicht ganz richtig erklärt, die

l. 3. §. 1. de off. praef. vig. 1. 15: — Quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit.

Daraus hat man die Rechtsvermuthung abgeleitet: wenn Feuer ausbricht, ist es von den Einwohnern verschuldet. Bestände in der That diese Rechtsvermuthung, so würde folgen, daß Jemand, dessen Sache bei Gelegenheit eines solchen Brandes untergegangen ist, ohne Weiteres einen Entschädigungsanspruch gegen den Bewohner dieses Hauses geltend machen könnte. Weber sieht darin wenigstens eine praesumtio hominis. Aber diese Stelle hat mit dem processualischen Beweise gar nichts zu thun, sie enthält, wie dies der Inhalt des ganzen Titels ergiebt, eine rein polizeiliche Maßregel. Früher gab es triumviri incendiis arcendis, deren Aufgabe also die Verhütung von Feuersbrünsten war; dann wurden von Augustus besondere Beamte eingesetzt, die Vorsorge treffen sollten, daß kein Feuer ausbreche. Sie sollen die Einwohner ermahnen, sorgfältig mit dem Feuer umzugehen und stets Wasser im Hause zu haben; finden sie nun Jemanden, der negligentius ignem habuit, so sollen sie ihn strafen, damit er in Zukunft vorsichtiger sei. Dadurch glaubt der Kaiser für die salus reipublicae gesorgt zu haben, weil die meisten Feuersbrünste aus Nachlässigkeit entstehen.

Auf ganz gleicher Linie stehen:

l. 2. de abig. 47. 14.: quia plerumque abigei et ferro utuntur, si deprehendantur, ideo graviter puniri eorum admissum solet.

l. 14. §. 1. de re milit. 49. 16.: arma alienasse grave crimen est — Tironi in hoc crimine facilius parcetur armorumque custodi plerumque ea culpa imputatur, si arma militi commisit non suo tempore.

l. 3. §. 4. de hom. lib. exhib. 43. 29.: si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere videbitur. —

Der Beispiele, wo »videtur« in ganz anderer Bedeutung z. E. aus Bescheidenheit gebraucht wird, indem der Jurist eine Wahrheit, die eine objectiv anerkannte oder anzuerkennende ist, nur als seine subjective Meinung hinstellt, giebt es so viele und die Sache selbst ist so bekannt, daß es besonderer Belege nicht

bedarf[10]). Gleiches gilt von »intelligitur, habetur« und ähnlichen Ausdrücken[11]).

Der an sich richtige Umstand, daß das Wort praesumtio nicht erforderlich ist, um eine solche in einer Stelle enthalten zu finden, ist nun früher oft in einer Weise ausgebeutet worden, als wäre die positive Fassung „da wo der Ausdruck nicht vorkommt, liegt eine Präsumtion vor,“ richtig.

Es ist darauf, daß so häufig dasjenige, was Ausfluß einer Beweisregel ist, auf eine Präsumtion zurückgeführt und für das Gegentheil von dem, wofür in den Quellen ein Beweis gefordert war, eine positive Präsumtion aufgestellt worden ist, von mir schon früher mehrfach hingewiesen worden. Ein noch in der neuesten Zeit im Curs befindliches Beispiel ist die Präsumtion der zur Eigenthumsersitzung erforderlichen bona fides. Man stützt dieselbe auf l. 18. §. 1. h. t. und l. 30. C. de evict. 8. 45.,[12]) während n der ersten Stelle nur die Beweispflicht des seinen Anspruch auf einen Dolus Gründenden ausgesprochen und in der letzteren der Beweis des Dolus für durch die vorgelegten Thatsachen nicht erbracht angesehen wird.

Zu solchen falschen Ansichten hat allerdings das corpus iuris canonici, in welchem bekanntlich nicht selten die Auffassungen der Schriftsteller des Mittelalters Aufnahme gefunden haben, vielfach Veranlassung gegeben. So diente das cap. 47. in VI. de R. J. auch dieser Ansicht über die Präsumtion der bona fides zur Unterstützung. Es heißt hier: praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur; aber diese Stelle, die gar nicht die Absicht hat, die römischen Grundsätze über Beweislast zu ändern oder eine Ausnahme davon zu machen, kann nur den Sinn haben: wenn der Beweis des Wissens nothwendig ist zur Begründung eines Angriffs oder Gegenangriffs, z. E. um die ädilitischen Klagen auszuschließen, und dieser Beweis nicht erbracht wird, dann nimmt

[10]) Cfr. z. E. l. 10. pr. de acquir. poss. 41. 2. l. 2. §. 3. de doli except. 44. 4. l. 1. de eo quod certo loco 13. 4. l. 12. pr. de J. D. 23. 3.

[11]) Cfr. z. E. §. 3. J. de verb. oblig. 3. 15. pr. J. de loc. 3. 24. §. 11. J. de inut. stipul. 3. 19. l. 9. de his qui sui vel alieni iur. 1. 6.

[12]) Cfr. z. E. Arndts Pand. (in den früheren Auflagen) §. 114. N. m.

eben der Richter nach dem Grundsatz actore non probante reus absolvitur das Nichtwissen an, ohne vom Gegner des Beweispflichtigen noch einen besonderen Beweis des Nichtwissens zu verlangen. Wäre dieser Satz des canonischen Rechts wirklich in der allgemeinen Bedeutung zu verstehen: „das Nichtwissen wird präsumirt,“ dann würde man zu der Consequenz kommen, bei condictio indebiti, bei in integrum restitutio propter errorem u. ä. dem Kläger ohne Weiteres den Beweis des Irrthums zu erlassen. — In cap. 3. X. depos. 3. 16. heißt es: bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus depositas amisisti. Der Sinn dieser Worte ist nach dem Zusammenhang mit dem Folgenden: regelmäßig haftet der Depositar nicht für levis culpa, sondern nur für dolus und lata culpa, er braucht nur die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen zu prästiren; lata culpa ist aber nicht blos dann vorhanden, wenn man die gewöhnliche Sorgfalt, die Jedermann beobachtet, außer Acht läßt, sondern auch dann, wenn man in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger ist; es ist der bona fides entgegen und steht der lata culpa gleich, wenn man auf seine Sachen mehr Sorgfalt verwendet als auf die deponirten, wie dies l. 32. D. depos. 16. 3. mit den Worten ausdrückt: nec enim salva fide minorem his quam suis rebus diligentiam praestabit. Hier zeigen die Umstände, daß der Depositar in Bezug auf die deponirten Sachen sorgloser gewesen ist als hinsichtlich seiner eigenen, es ist also in der That ein Beweis der Culpa, nicht eine Präsumtion.[13]) Und ganz gleich verhält es sich bei der Bestimmung des römischen Rechts, daß der Vormund Strafzinsen zahlen muß, wenn er Mündelgeld

[13]) Hätte der Depositar für levis culpa einzustehen, so wäre ein Beweis der culpa gar nicht erforderlich, sondern es würde einfach auf Erfüllung der Obligation gegen ihn geklagt und er müßte, wenn er die Sache nicht oder nicht unversehrt zu leisten vermöchte, um sich von der Verbindlichkeit zu befreien, den Beweis führen, daß er ohne seine Schuld also infolge von casus zur Erfüllung nicht im Stande sei. Es ist daher falsch, wenn manche Schriftsteller (z. E. Puchta Pand. §. 358. N. c. Keller §. 322.) den Satz aufstellen: die culpa des Beamten wird vermuthet, wenn an den Gegenständen seiner Verwaltung ein Verlust eingetreten ist.

nicht verzinslich anlegt. Es steht ihm allerdings der Nachweis offen, daß er keine passende Gelegenheit dazu gehabt habe, doch ist er mit diesem Einwand nicht zu hören, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse, denn dadurch ist eben bewiesen, nicht präsumirt, daß die Gelegenheit ihm geboten war [14]).

Von den Stellen des canonischen Rechtsbuchs, aus welchen man wegen des darin vorkommenden Ausdruckes praesumere technische Präsumtionen abgeleitet hat, will ich nur noch zwei, das cap. ult. X h. t. 2. 23. und cap. un. X ut eccl. benef. 3. 12. erörtern, um zu zeigen, wie man bei Aufstellung der Rechtsvermuthungen zu Werk gegangen ist. In der ersten Stelle wird die Präsumtion quilibet praesumitur idoneus gefunden. In einem Anstellungsrescript war die Clausel enthalten: scilicet si persona fuerit idonea; der schon angestellte andere Geistliche hatte gesagt, die Kirche habe nicht genug Vermögen für zwei Geistliche, auch sei der Betreffende dem Amt nicht gewachsen. Dies soll nun der Archidiaconus und Probst untersuchen; doch soll jene Clausel nicht so verstanden werden, als müßte dem im Rescript Genannten der Beweis seiner Tüchtigkeit aufgelegt werden, sondern diese müsse man bei ihm voraussetzen, bis das Gegentheil bewiesen werde: cum prima facie praesumatur idoneus, nisi aliud in contrarium ostendatur. — Von einer allgemeinen Präsumtion der Idoneität ist also keine Rede, sondern der Papst erklärt nur, wie er jene Clausel verstanden habe. [15])

Der Inhalt der zweiten Stelle ist folgender: Ein Erzbischof hat sich darüber beschwert, daß gegen ihn entschieden worden sei,

---

[14]) l. 3. C. de usur. pup. 5. 56. l. 13. §. 1. de admin. tut. 26. 7. cfr. auch l. 7. §. 11. l. 15. eod. verglichen mit l. 58. §. 3. eod.

[15]) cfr. auch l. 20. de manum. test. 40. 4. Jemand hat Sclaven legirt und dem Legatar durch ein Fideicommiß aufgelegt, dieselben freizulassen, si promeruerunt. Der Prätor hat den Onerirten zur Freilassung anzuhalten, nisi si quid tale hi servi admiserint, ut indigni sint, quo libertatem consequantur, non etiam ut talia officia ab his exigantur, pro quibus libertatem mereri debeant. Der Wille des Erblassers war nicht, daß sich die Sclaven die Freiheit durch besondere Handlungen verdienen müßten, sondern sie sollen frei sein infolge des Willens des Erblassers, nur müssen sie die Freiheit auch verdienen, d. h. wenn sie der Freiheit

weil er den Beweis seiner Unschuld nicht erbracht habe, während doch der Beweis, daß er unrecht gethan, gegen ihn hätte geführt werden müssen. Der Papst setzt nun das Sachverhältniß auseinander: der Erzbischof hat das Recht der Verleihung eines Beneficiums ein Jahr lang, dann aber findet Devolution an den Papst statt; nach Verlauf eines Jahres verlautete noch nichts über die Verleihung und auf Anfragen hatte der Erzbischof erklärt, daß er noch nicht verliehen habe. Und nun heißt es: Illud (d. h. daß das Recht devolvirt sei) prima facie iuste praesumebatur pro nobis und doch war dem Erzbischof der Beweis nachgelassen worden, daß er rechtzeitig verliehen habe; er hatte also keinen Grund zur Beschwerde, wenn er diesen Beweis nicht erbrachte. Das Recht des Papstes ist allerdings abhängig davon, daß der Bischof von seinem Recht nicht Gebrauch gemacht hat innerhalb eines Jahres, daher müßte dies an sich vom Papst bewiesen werden; nun hat aber der Bischof nach Verlauf eines Jahres selbst zugestanden, daß er das Beneficium noch nicht verliehen habe, daher braucht der Papst nicht zu beweisen. Das Geständniß hat die Wirkung, den Beweispflichtigen vom Beweis zu befreien, ähnlich wie die Präsumtion, darum wird hier von Präsumtion gesprochen. In noch willkürlicherer Weise hat man eine Präsumtion in Stellen gefunden, die nicht einmal mit dem Beweise irgend etwas zu thun haben und wo das angeblich Präsumirte auch nicht einmal wahrscheinlich ist. Ich brauche blos an die Präsumtion quilibet centum annos vivere praesumitur zu erinnern, die man entnahm aus der Bestimmung der l. 56. de usufr. 7. 1., daß der juristischen Personen eingeräumte Ususfructus 100 Jahre dauern solle, quia is finis vitae longaevi hominis est[16]. Dieses Prädicat der Willkürlichkeit verdienen namentlich die generellen Präsumtionen, die man mit und ohne Berufung auf gesetzliche Belege aufstellte, ohne sich davor zu scheuen, daß die eine der

---

durch ihr späteres Benehmen unwürdig werden sollten, soll der Legatar nicht zur Erfüllung des Fideicommisses verpflichtet sein. Cfr. l. 51. eod. l. 77. §. 25. de leg. II.

[16]) Alciatus Reg. I. pr. 44. Menochius Arbitr. iud. II. 508., Mascardus II. Concl. 685. Nr. 8.

anderen direct widersprach, wie wir z. B. die Präsumtion des dolus und der mala fides neben der der bona fides und der Präsumtion quilibet praesumitur bonus,[17]) die Präsumtion des error neben der der scientia finden. Dies richtet sie selbst, so daß sie einer eingehenden Widerlegung nicht bedürfen, zumal sie entschieden im Absterben begriffen sind.

Alle diese angeblichen Präsumtionen müssen wir also ausscheiden. Man muß bei der Frage, ob ein an sich des Beweises bedürftiger Umstand präsumirt werde, prüfen, ob ein Rechtssatz vorliegt, der die oben angegebenen Merkmale der eigenartigen Präsumtion, der Annahme eines bestimmten Umstandes ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis, an sich trägt. Dies kann allerdings bisweilen zweifelhaft sein und es ist daher jedesmal eine genaue Untersuchung der betreffenden Stelle erforderlich. Das ist namentlich der Fall, wo sich das Gebiet der Präsumtion und der Interpretation berührt. Ich werde darauf bei Besprechung dieser Fragen zurückkommen. Hier will ich nur an einigen speciellen Beispielen des corpus iuris civilis, die zu Zweifeln Veranlassung geben, die Untersuchung vornehmen.

Hinsichtlich der l. 6. de usur. 22. 1. herrscht bekanntlich großer Streit darüber, ob in derselben eine aus langjähriger Zinsenzahlung entspringende Acquisitivverjährung des Rechts, das Capital oder wenigstens die Zinsen zu fordern, anerkannt sei oder ob sie nur die Rechtsvermuthung für die Existenz der Zinsverbindlichkeit infolge der Zinsenzahlung per longum tempus enthalte. In der neueren Zeit hat man in der richtigen Erkenntniß, daß bei rein obligatorischen Rechten und Pflichten eine Acquisitivverjährung deren Begriff und Wesen nach nicht denkbar ist, die erstere Ansicht verworfen und hat nun im Glau-

---

[17]) Es ist zu verwundern, daß man sich bei der Willkürlichkeit, mit welcher man derartige Präsumtionen auf Quellenstellen zurückführte, zur Begründung dieser nicht auf Papinians berühmten Ausspruch in l. 15. de cond. instit. 28. 7.: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est, berufen hat!

ben, daß es nur diese Alternative gebe, sich der letztern Annahme zugewandt, so daß also die Stelle sagen soll: wenn Jemand per longum tempus Zinsen gezahlt hat, wird präsumirt, daß ein giltiger Zinsvertrag, nach römischem Recht also eine Stipulation abgeschlossen worden sei. Der Gläubiger aus einer in rem versio hätte an sich nach den gewöhnlichen Beweisregeln seinen Anspruch auf Zinsen aus dieser Summe, also das Entstandensein dieses Anspruchs durch eine Stipulation, beweisen müssen, dieser Umstand wird aber vermöge der Rechtsvermuthung als bewiesen angenommen, wenn nur die Zahlung per longum tempus bewiesen ist. Der Gegenbeweis würde demnach hier darauf gerichtet werden können, daß die präsumirte Stipulation in der That nicht stattgefunden habe, und dieser Gegenbeweis würde, wenn auch das bereits Gezahlte nicht ohne Weiteres zurückgefordert werden könnte, doch die Wirkung haben, daß für die Zukunft sofort die Verpflichtung zur Zahlung aufhörte. — Es ist nun nicht zu leugnen, daß eine solche Präsumtion aufgestellt werden könnte, aber ich glaube nicht, daß sie in dieser Stelle wirklich enthalten ist. Die Stelle lautet im princ.:

— — ideo solvendas usuras iudicavit, quod e a s ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.

Der Erblasser hat Zinsen für eine Schuld gezahlt a l s Z i n s e n, hat dadurch also die Existenz der Zinspflicht selbst a n e r k a n n t und durch die That und zwar wiederholt z u g e s t a n d e n. Dieses Anerkenntniß und Zugeständniß ist, wenn nicht Verpflichtungsgrund, doch mindestens Beweisgrund und kann weder von ihm noch von seinen Erben einfach ignorirt werden und darum müssen seine Erben auch ferner Zinsen zahlen. Von einer Präsumtion kann man hier so wenig sprechen, wie wenn der Beklagte zugesteht, er schulde die geforderte Summe; durch das Geständniß wird die Schuld bewiesen, nicht präsumirt. Diese Auslegung wird bestätigt durch §. 1. derselben Stelle:

Imperator q u o q u e noster Severus filiae Flavii Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, i d e o numerari decies centena dotis nomine iussit, quod ea (quod de ea parte) patrem praestitisse dotis usuras allegasset.

Der Vater hat dem Schwiegersohn Zinsen der dos in einer gewissen Höhe gezahlt; mit dieser Zahlung hat er seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er dem Schwiegersohn eine dos in dem der Höhe der Zinsen entsprechenden Betrag constituire; in diese Verbindlichkeit die dos zu zahlen tritt der Fiscus als Universalsuccessor ein und diese Verbindlichkeit ist bewiesen durch das thatsächliche Anerkenntniß von Seiten des Vaters. Daß dieser Fall mit dem im principium besprochenen gleich ist, geht aus dem »quoque« und »ideo« hervor [18]).

In ähnlicher Weise ist die Bestimmung der l. 1. C. de fideic. 6. 42.: Si probaveris, Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio, ea praestitisse, ut in futurum quoque ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis, zu verstehen. Das Rescript ist von Antoninus. Wenn auch zu seiner Zeit die Entrichtung eines dem Erben aufgelegten Fideicommisses nicht mehr blos von dessen guten Willen abhing, so waren doch immer die formlosen Fideicommisse nicht mit dem rechtlichen Zwang bekleidet wie ein civilrechtliches Legat, und fand bei der Beurtheilung derselben doch immer eine gewisse freie Gewalt der Magistrate, die darüber in extraordinaria cognitio entschieden, statt. Jedenfalls war aber ein Fideicommiß dann unanfechtbar und jeder Streit über seine Giltigkeit erledigt, wenn bewiesen war, daß der Erblasser an den Erben diese Bitte gerichtet und daß der Erbe in Ausführung dieses Wunsches das betreffende Object geleistet habe (si probaveris, Demetrium petiisse de matre, ut tibi praestaret — eamque secutam

---

[18]) Cfr. dazu auch l. 28. C. de pact. 2. 3. Si certis annis quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit. — l. 7. C. de usur. 4. 32. Creditor instrumentis suis probare debet, quae intendit, et usuras se stipulatum, si potest. Nec enim si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt.

voluntatem filii.) Dies war einfach, wenn das Fideicommiß in einer einmaligen Prästation bestand, von einer Rückforderung der einmal erfolgten Leistung Seitens des Erben konnte keine Rede sein. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um wiederkehrende Leistungen, alimenta menstrua und vestiarium annuum; hier entstand nun die Frage: wie wird bewiesen, matrem voluntatem filii secutam esse, hat sie durch einmalige Leistung die Verpflichtung übernommen für immer zu leisten? Dazu genügt der Beweis der einmaligen Leistung nicht, sondern es gehört dazu eine längere Zeit (secutam esse filii voluntatem per multum temporis) und zwar bestimmt der Kaiser, daß in einem solchen Fall nicht weniger als 3 Jahre erforderlich seien (id est non minus tali causa triennio). — Durch die Verordnung Justinian's in l. ult. C. eod., das sogenannte Oralfideicommiß betreffend, ist dies unpractisch geworden.

Puchta (Vorles. Bd. II. p. 271.) stellt für den Fall, daß eine Frau sich als Mitschuldnerin bekennt und solidarisch sich verpflichtet, zwei Vermuthungen auf: „1) An sich muß als das zu Vermuthende betrachtet werden, daß die Frau pro parte dimidia wirklich Hauptschuldnerin ist, wie sie sich bekannt hat; wer diesem widerspricht, muß beweisen; 2) wenn eine Frau mit ihrem Ehemann sich auf diese Weise verpflichtet hat, so spricht die Vermuthung, nach dem Verhältniß, in welchem sie zu dem andern Schuldner steht, dafür, daß dieser allein der Hauptschuldner ist." Die letztere Vermuthung soll klar in Nov. 134. cap. 8. (nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt) enthalten sein. Und dieser Ansicht huldigt auch Rudorff ad h. l. Anmerk. 2., der gegenüber den Vertheidigern der andern Ansicht, wonach in dieser Stelle nur eine praesumtio hominis gefunden werden kann, meint, es sei das ebensowenig eine praesumtio hominis wie die praesumtio Muciana. Meines Erachtens paßt die Unterscheidung von praesumtio iuris und praesumtio hominis hier gar nicht, sondern die Novelle bestimmt nur Etwas, was aus den allgemeinen Beweisregeln und aus dem Rechtsinhalt von selbst hervorgeht. Gehen wir von dem Fall aus, daß zwei Männer ein Darlehn aufnehmen. Es ist

möglich, daß es nur für den Einen contrahirt ist, aber der Gläubiger hat doch das Recht, sich an Jeden zur Hälfte zu halten. Es ist das eine Folge aus dem Rechtsbegriff und Wesen der überhaupt eine Theilung zulassenden Obligationen, obligationes ipso iure divisae sunt, wie wir bereits früher (§. 23.) bei Besprechung der Präsumtionen in dem vulgären Sinn als Rechtsinhaltspräsumtionen gesehen haben. Und gleiches gilt zunächst, wenn eine Frau zusammen mit einem Manne, der nicht ihr Ehemann ist, contrahirt. Will die Frau sich von dieser ihrer Verpflichtung zur Hälfte befreien, so muß sie den Nachweis führen, daß sie nur intercedirte. Auf der andern Seite erhält der Gläubiger an sich nur ein Recht gegen Jeden zur Hälfte, außer wenn eine solidarische Obligation abgeschlossen ist: dann kann er gegen den Mann auf das Ganze klagen, gegen die Frau aber nicht, denn hinsichtlich ihrer ist die solidarische Verpflichtung ungiltig, weil sie zur Hälfte Intercession enthält; es müßte denn nachgewiesen werden, daß es nicht Intercession sei, sondern die Frau wirklich das Ganze bekommen habe; dann liegt eben eine Verbürgung des Mannes in der solidarischen Obligation. Wenn nun Ehemann und Ehefrau zusammen contrahiren, so ist es an sich ebenso: ist die Obligation nicht solidarisch abgeschlossen, so haftet Jeder zur Hälfte; die Frau kann nur nachweisen, daß in dem gemeinschaftlichen Abschließen der Obligation in der That eine Intercession liege. Daß hier dieser Beweis ersetzt werde durch eine Präsumtion, die hervorgehe aus ihrem Verhältniß als Ehefrau, dafür fehlt jeder Anhalt, auf Nov. 134. cap. 8. wenigstens kann man sich zur Begründung dieser Ansicht nicht berufen, sie enthält nichts weniger als eine Präsumtion des Inhalts: weil Jemand Ehefrau ist, wird angenommen, sie habe nicht für sich geliehen, sondern für ihren Ehemann intercedirt. Es ist allerdings möglich, daß in dieser gemeinschaftlichen Aufnahme eines Darlehns eine Intercession liegt, aber äußerlich steht sie doch als Selbstschuldnerin da, und das muß gelten, bis sie den Gegenbeweis führt. Wenn man dem Gläubiger den Beweis, daß das Geld in ihr Vermögen gekommen sei, aufbürden wollte, würde man aus der condictio mutui eine Bereicherungsklage oder unter Umständen aus einer Klage aus einem

Consensualcontract eine Klage aus einem Realcontract machen; die Darlehnsklage würde abhängig sein davon, daß die Frau locupletior facta est, während durch die Hingabe an die Ehegatten die Rückforderung begründet ist, zur actio emti würde nicht der Abschluß des Contracts genügen, sondern es würde der Beweis nöthig sein, daß der Frau tradirt worden und daß diese auch nicht ihren Theil an den Mann gegeben, sondern behalten und in rem vertirt habe! — Anders muß es sich hingegen verhalten, wenn der Contract äußerlich das Gepräge trägt, daß die Frau nur intercedirt habe. Wenn z. E. der Mann in der Urkunde sagt: „Ich bekenne hiermit, daß ich vom X 100 Thlr. als Darlehn empfangen habe" und die Frau dies unterschreibt oder einem solchen Vertrag beistimmt und intercedirt oder verpfändet, dann liegt eben äußerlich eine Intercession vor; wer behauptet, daß das keine Intercession sei, muß beweisen, also hier darthun, daß das Geld in utilitatem mulieris vertirt sei. Und das ist der Fall der citirten Novelle, deren Worte, soweit sie uns hier angehen, vollständig so lauten:

— si quae mulier in instrumento crediti viro suo consentiat aut subscribat et substantiam suam vel se ipsam obligaverit, iubemus, id non valere — sed ita habendum tanquam scriptum non esset, nisi manifeste probetur, pecuniam in utilitatem mulieris versam esse.

Bei dieser Auffassung braucht man nicht die petitio principii, die Rudorff (a. a. O. Anm. 2. sub 2.) den Gegnern zum Vorwurf macht, und hierdurch widerlegt sich der Gegengrund (daselbst sub 3.), daß man es dann auf cumulative Intercession beschränken müsse. Natürlich ist auch die privative und stillschweigende Intercession ungiltig, aber wenn in den Worten nicht eine privative Intercession liegt, so muß sie von dem, der sie gegen die Worte, gegen das äußerlich Hervortretende behauptet, bewiesen werden [19].

Endlich will ich noch ein Beispiel einer angeblichen praesumtio iuris anführen. Die l. ult. C. de dotis prom. 5. 11.

[19]) Cfr. auch oben §. 18.

soll nach Vielen [20]) sagen, daß im Zweifel darüber, ob die Dos aus dem Vermögen der Eltern oder des Kindes gegeben sei, der animus donandi auf Seiten der Eltern präsumirt werde. Im Eingang erzählt Justinian, es sei bei den veteres für den Fall, wenn eine Tochter selbst Vermögen hat, woran dem Vater Nießbrauch zusteht, und der Vater einfach eine Dos giebt, Zweifel darüber gewesen, ob der Vater sich durch Constituirung der Dos von seiner Schuld (hier speciell der Verpflichtung hinsichtlich der bona adventicia) habe befreien wollen oder ob die Dos aus reiner Liberalität gegeben sei, so daß diese Schuld bestehn bleibe; ebenso habe man gezweifelt, ob, wenn er im Dotalinstrument gesagt habe: ex rebus paternis et maternis gebe er die Dos, zu gleichen Theilen aus dem beiderseitigen Vermögen gegeben sei oder verhältnißmäßig nach der Größe eines jeden Vermögens. Zur Lösung dieses Zweifels bestimmt nun der Kaiser: 1) hat der Vater einfach, ohne etwas zuzufügen, die Dos gegeben oder versprochen, ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi, debito in sua figura remanente, denn es sei ja ein paternum officium zu dotiren, die liberalitas [21]) kann nicht revocirt werden, 2) hat der Vater gesagt: ex rebus tam suis quam maternis vel aliis quae non acquiruntur vel ex suis debitis (Schulden an die Tochter anderer Art) und er ist a) ganz arm, tunc ex illis dotem datam videri, b) hat er aber selbst genügendes Vermögen, dann ex suo patrimonio dedisse intelligitur; denn er hat die Möglichkeit, diese Gefahr zu meiden, wenn er nicht effuso sermone sese iactat, sondern secundum vires suas die Dos giebt und dann seinen Kindern consentirt, wenn diese Etwas aus ihrem eignen Vermögen oder das ganze der Dos zufügen wollen. Es handelt sich hier also gar nicht darum, was der Vater eigentlich will. Er hat einfach die Verpflichtung, eine Dos zu geben secundum suas vires und natürlich auch aus seinem Vermögen.

---

[20]) Cfr. z. E. auch Unger a. a. O. §. 85. N. 17.

[21]) Eigentlich ist es gar keine liberalitas, wenn man es nicht auf die Größe der Dos bezieht. Die Glosse umschreibt liberalitas mit substantia; es ist in der That wohl objectiv genommen, ohne den animus donandi.

Hat er eine Dos gegeben oder versprochen, so hat er damit nur seine gesetzliche Pflicht erfüllt. An dieser gesetzlichen Verbindlichkeit kann auch dadurch selbstverständlich nichts geändert werden, daß er sagt „ich gebe die Dos ex debitis meis, aus dem Vermögen meiner Kinder". Denn über dieses kann er der Substanz nach nicht verfügen, auch nicht zu einem Theil, so daß es nichts hilft, wenn er sagt: ex meis et maternis bonis. Hätte er nun blos gesagt: ich verspreche die Dos, sei es ex meis et maternis oder ex maternis allein, so wird das nur eine Anerkennung seiner Pflicht sein; hat er aber eine bestimmte Summe versprochen oder auch gleich die Dos hingegeben in einer Höhe, welche ultra vires suas ist, so kann auch das Plus nicht zurückgefordert werden, es soll die liberalitas, die in Bezug auf das Plus, freilich ohne animus donandi vorliegt, unwiderruflich bleiben. Daß dies eine Ausnahme leiden muß, wenn der Vater penitus inopia tentus ist, ist selbstverständlich, es ist das eigentlich keine Ausnahme. Wenn er selbst nichts hat, so ist, mag er auch sagen: ex meis et maternis bonis, nicht blos ex meis debitis, doch nur die Auffassung möglich, daß er den Kindern die Dos aus ihrem Vermögen giebt und damit seinerseits seinen Nießbrauch verringert. Ist er aber im Stande, seine gesetzliche Pflicht zu erfüllen, so könnte er bei der Fassung »ex meis et maternis bonis, oder ex debitis meis« wohl auch beabsichtigt haben, die Dos in der Weise zu bestellen, daß er seinen Nießbrauch an den bona adventicia aufgiebt. Aber damit würde er seiner Verpflichtung nicht genügen; er muß zunächst aus seinem Vermögen dotiren nach seinen Kräften, will er noch mehr thun, so kann er auf seinen Nießbrauch verzichten und seinen Kindern die Einwilligung dazu ertheilen, daß sie ihr Vermögen zur Dos geben und so das vom Vater Gegebene vermehren. — Von einer Präsumtion des animus donandi, die den Beweis der Tochter über die Absicht des Vaters, in welcher Höhe er eine Dos habe bestellen wollen, ersetze, liegt keine Spur vor [22]. — Hierher gehören auch die Fälle, in welchen

[22]) Cfr. auch l. 5. §. 12. de I. D. 23. 3. l. 43. §. 1. de admin. tut. 26. 7.

die Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen ist, weil, wenn auch nicht nach den Grundsätzen des Rechts so doch nach denen der Moral, eine Verbindlichkeit besteht, so daß die Rückforderung contra bonos mores wäre, und in welchen früher häufig gesagt wurde, daß die Zahlung als animo donandi geschehn präsumirt werde, wie z. E. der Fall der l. 34. de neg. gest. 3. 5. Die Großmutter hat den Enkel alimentirt. Respondi: aviam iure pietatis de suo praestitisse; denn sie hat kein Decret darüber verlangt und außerdem ist auch bestimmt, ut, si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogenda de suo praestitisset, repetere. E contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, cum de suo aluisse mater probaretur; et in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius nepotis eum aluisse. — Respondi: haec disceptatio in facto consistit. — Igitur in re facti facilius putabo, aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea retulisse aviam apparebit. Es kommt also darauf an, ob von der Großmutter, welche die Verwaltung des Vermögens ihres Enkels hat, aus diesem Vermögen oder aus ihrem eigenen die Alimente präſtirt worden sind. Ist das letztere der Fall, dann ist die repetitio unstatthaft, der animus donandi kommt gar nicht in Betracht; im ersten Fall hingegen rechnet sie dem Enkel die Alimente an und das Vermögen desselben mindert sich um so viel. Ob das eine oder das andere der Fall ist, in facto consistit. Der Beweis braucht hier nicht ein so stricter zu sein, es genügt, wenn das eine oder das andere wahrscheinlich gemacht ist, und so soll nach dieser Stelle der Umstand, daß aus dem Vermögen des Enkels alimentirt worden, hinreichend bewiesen sein dadurch, daß die Großmutter specielle Rechnung über die dem Enkel geleisteten Alimente geführt hat. Also auch hier von einer Präsumtion des animus donandi keine Rede[23]). —

Wenn man in dieser Weise die Stellen, in welchen eine Präsumtion angeblich enthalten ist, einer critischen Beleuchtung

[23]) Cfr. Bartolus ad l. 34. cit. Cfr. auch l. 1. C. de neg. gest. 2. 19.

unterwirft, wird man häufig zu dem Resultat kommen, daß sich dieselben auf andere Art erklären und daß man daher nicht berechtigt ist, in diesen Fällen von einer eigenartigen Präsumtion zu sprechen.

## Drittes Capitel.
## Gegenstand der Präsumtionen.
### §. 27.
### I. Im Allgemeinen.

Auch die Aelteren haben die Frage nach dem Object und der Materie der Präsumtionen aufgeworfen und verschieden beantwortet. Die Einen sagen, daß sich Präsumtion in dieser Beziehung vom Beweis nicht unterscheide und daß der Gegenstand des Beweises facta dubia und controversa, non ius sei [1]). Andere theilen das Object der Präsumtionen ein wie die Objecte des Rechts: omnis praesumtio versatur vel circa personas (z. E. quilibet praesumitur liber; legitimus an spurius praesumitur, civis an forensis, nemo nobilis, clericus praesumitur etc.), vel circa res (z. E. omnis res libera, allodialis praesumitur, olim dominus hodie dominus, ex possessione dominium praesumitur), vel circa actiones (z. E. pro iudice et processu) [2]). — Menoch stellt im allgemeinen Theil den Satz auf: praesumtio versatur circa decem praedicamenta, z. E. praedicamentum substantiae, quantitatis, qualitatis etc. (Qu. 14.), und theilt dann wieder den speciellen Theil in verschiedene Bücher, jenachdem die Präsumtion sich auf die iudicia, Contracte, letztwilligen Dispositionen oder Delicte bezieht. Wesembek [3]) zählt auf: consilia, affectus, actiones, facta, qualitates, solennitates et accidentia, intrinseca et externa.

Diese Eintheilungen, die zum Theil mit der falschen Auffassung der Präsumtionen zusammenhängen, sind aber nicht von

---

[1]) Lauterbach Colleg. theor. pract. ad h. t. §. 48. coll. §. 5.
[2]) Cfr. z. E. Ummius disput. ad proc. iudiciar. dir., disp. 15. sub X.
[3]) Comm. ad h. t. §. 15.

irgend welcher Bedeutung und es ist ihnen von den Schriftstellern selbst, welche sie aufstellen, eine solche nicht beigelegt worden. Hingegen von größerer Tragweite ist eine Eintheilung, die schon mehrfach berührt worden ist und die jetzt näher besprochen werden soll. Wir haben bei der Definition der Präsumtion gesagt, daß ein bestimmter Umstand ohne Beweis angenommen werden solle. Dasjenige, was angenommen wird, also der Gegenstand der Präsumtion, ist entweder eine Thatsache oder ein Wille, es wird entweder präsumirt, daß etwas geschehen, oder daß etwas gewollt sei. Die Präsumtionen der erstern Art kann man praesumtiones facti, die der letztern praesumtiones voluntatis nennen. — Feuerlein (§. 19.) meint zwar, nur Thatsachen, Erscheinungen in der Sinnenwelt könnten Object der Vermuthung sein und rechnet alle die Fälle, wo es sich um die Erkenntniß des Willens handelt, zur Interpretation (§. 23.). Daß er aber selbst gegen diesen Satz, nur Erscheinungen der Sinnenwelt seien Gegenstand der Vermuthungen, verstößt, zeigt der Umstand, daß er aus dem Begriff „Mensch" Vernünftigsein, Sparsamkeit, Eigennutz, aus dem Begriff „Verwandter" Liebe, Aufopferung, Freigebigkeit vermuthet und daß er ohne Bedenken die Sätze: homo praesumitur bonus, sana mente etc. aufstellt (§. 13. 14.). Die Unterscheidung, wie ich sie mache, findet sich schon bei den Aelteren. Menoch I. qu. 12. sagt: praesumtiones aut sunt de re, nempe quid factum sit, aut de animo, quid cogitatum fuerit; die letzteren würden mit einem speciellen Namen voluntatis quaestio genannt [4]). Es ist aber darauf bei weitem nicht genug Gewicht gelegt worden; Menoch läßt es eben bei der Erwähnung bewenden. Und doch bestehen zwischen beiden so wichtige Verschiedenheiten, daß man sie bei der Behandlung des Themas auseinander halten muß. Daß die Präsumtion: „wenn Eltern mit unmündigen Kindern zusammen sterben, wird angenommen, die letztern seien früher gestorben"; „wenn Jemand,

[4]) Cfr. auch Cuiacius Op. omn. Tom. I. pag. 678., der in der Definition der Präsumtionen sagt: praesumtiones sunt veluti anticipationes quaedam de eo quod in re est, communi sensu perceptae ex eo quod plerumque intelligitur quodque plerumque fit.

der in einem gewissen Alter steht, lange abwesend ist, ohne daß man Kunde von ihm hat, gilt er als todt"; „wenn man die Quittungen der letzten drei Jahre über die Zahlung öffentlicher Abgaben in den Händen hat, braucht man die Zahlung für die frühere Zeit nicht zu beweisen" einen andern Character hat, als die Präsumtion des animus novandi oder donandi, die Präsumtion, daß das Legat adimirt sei, wenn nach der Honorirung Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Legatar ausbricht, daß der einem impubes vulgariter Substituirte auch Pupillarsubstitut sei und umgekehrt, daß das einem Descendenten für den Fall seines Todes aufgelegte Universalfideicommiß nur zu verstehen sei unter der Bedingung si sine liberis decesserit — leuchtet doch schon bei einer oberflächlichen Betrachtung ein. Man wird bei den letzteren weder sagen können, daß hier Erscheinungen der Sinnenwelt vermuthet würden, noch werden sich alle diese Fälle auf Interpretation des Willens zurückführen lassen. Die Berechtigung dieser Unterscheidung wird daher nicht zu bestreiten sein. Eher aber könnte man an der Terminologie praesumtio facti und praesumtio voluntatis Anstoß nehmen, weil man gewohnt ist, von praesumtio facti sive hominis im Gegensatz zu praesumtio iuris sive legis zu sprechen. Doch halte ich die Bezeichnung praesumtiones facti für diejenigen Vermuthungen und Wahrscheinlichkeitsschlüsse, welche nicht im Recht anerkannt sind, für unpassend, weil ein Gegensatz zwischen ius und factum in dem Sinn von Recht und Nichtrecht nicht besteht. Es ist daher, wenn man von solchen nicht gesetzlichen Vermuthungen reden will, besser, den Ausdruck praesumtio hominis zu gebrauchen und es wird nicht zu Mißverständnissen führen, wenn ich im Folgenden von praesumtiones facti in dem eben bezeichneten Sinne spreche.

Es ist jedoch nöthig, die Bedeutung dieser Ausdrücke noch etwas näher zu bestimmen. Der Begriff der Thatsache, des Factums, ist an sich ein sehr weiter. So bedeutet factum im Gegensatz zu ius nicht blos jedes Ereigniß in der Sinnenwelt, sei es durch menschlichen Willen herbeigeführt oder unabhängig davon, rein zufällig, sondern die thatsächlichen Umstände überhaupt im Gegensatz zu den darauf anzuwendenden Rechtsgrund-

säßen [5]), so daß auch das Haben eines Willens, ohne daß derselbe klar in die Außenwelt eingetreten ist, als Factum gilt, — wie sich dies daraus ergiebt, daß, wenn das Zweifelhafte eines Falles nicht in den einschlagenden Rechtssäßen, sondern in der Willensmeinung der Interessenten liegt, die Ausdrücke quaestio voluntatis und quaestio facti [6]) promiscue gebraucht werden —, während auf der andern Seite auch wohl Thatsachen als zufällige Ereignisse den Handlungen als freien Willensäußerungen des Menschen gegenübergestellt werden. Wenn ich also praesumtiones facti und voluntatis unterscheide, bedarf es der nähern Angabe, was ich hier unter Factum verstehe. Man könnte nämlich hinsichtlich mancher Fälle schwanken, ob sie der einen oder der andern Art angehören. So könnte man z. E. die in Bezug auf das Pfandrecht der argentarii geltende Präsumtion (daß die militia mit dem geliehenen Geld gekauft sei) oder die praesumtio Muciana (daß der betreffende Gegenstand vom Manne geschenkt sei), je nach dem Begriff, den man mit Factum verbindet, zu den praesumtiones facti wie voluntatis rechnen; zu jenen, weil eine Handlung vorliegt, weil der Wille in die Außenwelt getreten und in dieser Handlung zur Existenz gekommen ist; zu diesen, weil es doch kein zufälliges Ereigniß, sondern die Kundgebung eines Willens ist. Noch zweifelhafter kann man sein bei der Präsumtion des Erlasses einer Schuld in Folge der Zurückgabe des Schuldscheines und ähnlichen. Ist das die Annahme, daß etwas geschehen oder daß etwas gewollt sei? Ich zähle aber die Fälle, wo die Handlung, die Willenserklärung selbst, also das Offenbartsein des Willens als selbständige Handlung, das in einer Handlung in die Außenwelt Getretensein des Willens, angenommen wird — wie eben der Kauf der militia, die Schenkung an die Frau bei der praesumtio Muciana — mit zu den praesumtiones facti, so daß diese also zufällige Ereignisse (Tod überhaupt, früher oder später Gestorbensein, eheliche Geburt, particularrechtlich Vorhandensein der ädilitischen Fehler zur Zeit des

[5]) Schilling Instit. II. §. 68. Zusaß.

[6]) Für quaestio facti cfr. die Citate bei Schilling, für quaestio voluntatis die Citate bei Menoch I. 12.

Vertragsabschlusses 2c.), sowie Existenz einer auf Entstehung, Endigung oder Modification eines Rechtsverhältnisses gerichteten Handlung in dem eben angegebenen Sinn umfassen. Hingegen gehören zu den praesumtiones voluntatis diejenigen Fälle, wo entweder der rein innerlich gebliebene Wille ohne Weiteres, ohne alle Erklärung angenommen wird, oder wo ein bestimmter Wille als einer andern bewiesenen Handlung zu Grunde liegend präsumirt wird, m. a. W., wo entweder gar keine als Aeußerung dieses Willens erscheinende Handlung vorliegt, oder wo es doch zweifelhaft ist, ob in einer andern nicht direct diesen Willen aussprechenden Willensäußerung gerade der fragliche Wille enthalten ist. Ein Beispiel für das Erste bietet die Präsumtion der ademtio legati wegen Todfeindschaft; für das zweite Glied der Alternative mag die Präsumtion des animus novandi und donandi, sowie die Präsumtion des Erlasses aus der Rückgabe des Schuldscheins als Erläuterung und Beleg dienen. — Sollte man übrigens wegen des allerdings nicht ungerechtfertigten Bedenkens einer Verwirrung der Begriffe hinsichtlich der praesumtiones facti diese Terminologie wenigstens unzweckmäßig finden, so kann man den Gegensatz auch bezeichnen durch die Ausdrücke Ereigniß- und Willenspräsumtionen.

Ich habe bei der Aufstellung dieser beiden Arten der Präsumtionen die Fassung gewählt: es werde angenommen, daß etwas geschehen oder gewollt sei, so daß sie auf die Vergangenheit gerichtet erscheinen. Menoch I. 12. sagt, die Präsumtion de re sowohl, wie die de animo sei dreifach, sie beziehe sich nämlich auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft; bei jener frage es sich, an factum sit, an fiat, an futurum sit; bei der letztern stellt er diese Frage gleich concret an Beispielen: qua mente fuerit testator, cum suis de rebus testamentum confecit, qua mente donator nunc donet, qua mente erit pater, qui filium heredem fecit, cum intelliget eum vita esse defunctum. Die Gegenwart können wir nun entschieden ganz bei Seite lassen. „Pfeilschnell ist das Jetzt entflogen." Eine Gegenwart giebt es nur in der Idee,

kaum gedacht gehört der Gedanke der Vergangenheit an. Und wenn es sich um den Beweis einer streitigen Thatsache im Proceß handelt, kann immer nur von Vergangenheit die Rede sein. Was für ein Unterschied soll denn stattfinden zwischen dem Fall: qua mente fuerit testator, cum testamentum confecit und dem qua mente donator nunc donet? In beiden fragt es sich doch, was hat er gewollt. Auch die Frage: was wird Jemand wollen, was wird Jemand thun, bietet höchstens ein rein menschliches, nicht aber ein rechtliches, am wenigsten ein processualisches Interesse. Nur in der Fassung: was würde Jemand gewollt haben, was würde er gethan haben, wenn er gewußt oder gedacht hätte 2c., wenn er jetzt in der Lage wäre, zu wollen und zu thun, werden wir die Frage später einer besondern Prüfung zu unterziehen haben. Dabei handelt es sich aber nicht um die Zukunft. Allerdings giebt es aber Rechtssätze, die eine auf etwas Künftiges gerichtete Annahme enthalten, nämlich die Annahme, daß etwas geschehen werde oder geschehen könne. Es gehört dahin die in l. 68. (vgl. mit l. 55.) ad l. Falc. 35. 2. aufgestellte Mortalitätstabelle, sowie die Annahme, daß wenn Jemand mit Hinterlassung einer schwangern Frau verstirbt, drei Kinder geboren werden oder geboren werden könnten [7]). Diese Rechtssätze aber haben lediglich den Zweck, Rechtsverhältnisse, deren Erledigung und Klarstellung sonst auf längere Zeit hinausgeschoben werden müßte, im Interesse aller Betheiligten jetzt schon einer wenn auch nur vorläufigen Lösung zugänglich zu machen. Sie haben demnach einen lediglich provisorischen Character, wie dies in gleicher Weise von der praesumtio Carboniani edicti gilt, nur daß diese auf etwas Vergangenes gerichtet ist. Sie sind, da es sich bei ihnen nicht um definitive Regelung handelt, von geringerer practischer Bedeutung und bieten auch wissenschaftlich geringeres Interesse.

---

[7]) l. 28. §. ult. de iudic. 5. 1. l. 3. 4. si pars hered. 5. 4. l. 8. pr. de R. D. 34. 5. l. 36. de sol. 46. 3.

## II. Die praesumtiones voluntatis insbesondere.

### 1. Grundsätze über Interpretation.

### §. 28.

### a. In Bezug auf ausdrückliche Willenserklärung.

Von den auf das Vergangene gerichteten Präsumtionen, die nicht einen blos provisorischen Character haben, sind es die Willenspräsumtionen, die einer nähern Betrachtung bedürfen, ehe wir die Frage nach den Wirkungen der Präsumtionen überhaupt beantworten können. Schon oben (§. 21) habe ich erwähnt, daß die Annahme, es sei etwas gewollt, auf Interpretation beruhen könne oder nicht. Es tritt daher zunächst die Frage an uns heran, wie verhält sich Interpretation zu diesen praesumtiones voluntatis? Um bei der Lösung dieser schwierigen Frage von den richtigen Gesichtspuncten ausgehn zu können, müssen wir zunächst die Grundsätze über Interpretation in's Auge fassen. Wenn ich auch hierbei nicht überall zu neuen Resultaten gelange, so ist doch von diesem Gesichtspuncte aus die Frage nach den Interpretationsgrundsätzen und nach den Grenzen des Gebiets der Interpretation noch nicht behandelt worden. Die etwas ausführlichere Besprechung dieser Fragen dürfte daher, zumal sie unserm Zwecke, den Präsumtionsbegriff als einen eigenthümlichen von andern Begriffen zu sondern, dient, nicht als ungerechtfertigt erscheinen.

Der Fundamentalsatz, den wir hier an die Spitze stellen müssen, ist der, daß der Wille erklärt sein muß, wenn ihm überhaupt eine Wirksamkeit zukommen soll; der innerliche Wille hilft dem Wollenden nichts und bindet ihn nicht. Durch die Erklärung des Willens wird das Rechtsgeschäft, welches die Begründung, Aufhebung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand hat, existent. Die Erklärung bewirkt aber nicht nur, daß dem Willen überhaupt eine rechtliche Bedeutung zukommt, sondern sie beweist zugleich den Willen, ohne dieselbe wäre gar kein Beweis möglich. Die Erklärung ist demnach das, was bei der Frage, ob ein Wille existent sei, zunächst unsrer Prüfung unterliegt. Sie ist zugleich Erkenntnißmittel des Willens

und Erforderniß für die rechtliche Wirksamkeit desselben; eins ohne das andere ist an sich wirkungslos, wie denn auch Wille und Erklärung nothwendig übereinstimmen müssen, denn qui aliud dicit quam vult neque id dicit quod vox significat, neque id quod vult, quia id non loquitur. (l. 3 de R. D.) — Wenn wir immer gerade das erklärten, was wir bestimmt wollen und denken, wenn wir für unsern innern Entschluß immer die passenden Ausdrücke wählten, und ferner das Gewollte auch nach allen Richtungen hin zu erkennen gäben, so würde die Aufgabe des Juristen und insbesondere des Richters eine leichtere sein, als sie in der That ist. Das ist nun aber nicht der Fall. Es kann zweifelhaft sein einmal die Bedeutung der Zeichen, wodurch wir unsern Willen zu erkennen geben, an sich, dann aber auch, ob die Zeichen mit dem Willen übereinstimmen. Es ist die schwierige Aufgabe des erkennenden Richters, aus den vorliegenden Zeichen des Willens den wahren Willen zu ermitteln. Diese Thätigkeit ist die Willensauslegung, die Interpretation.

Gehen wir zunächst aus von der ausdrücklichen Erklärung des Willens und zwar der Erklärung durch Worte. Da die Worte nur Träger des Willens sind und nur die Bestimmung haben, diesen zu offenbaren, so ist es oberster Grundsatz, daß auf die Absicht desjenigen, dessen Erklärung einer Prüfung unterzogen werden soll, das meiste Gewicht zu legen ist, voluntatem potius quam verba spectari placuit [1]). Dieses Ziel, den wahren Inhalt der Erklärung, den wahren Willen des Erklärenden zu ermitteln, verfolgt eine jede Interpretation, und insofern ist jede Interpretation eine logische, eine Verstandesoperation, ein Schließen von gewissen Umständen auf den Willen. Wenn man daher von grammatischer und logischer Interpretation spricht, so bezeichnet das nicht eine Verschiedenheit des Ziels, sondern nur eine Verschiedenheit der Umstände, von welchen man ausgeht, der Hilfsmittel, deren man sich bedient, um dieses Ziel zu erreichen; in dem einen Fall fördert man den wahren Sinn zu Tage durch einen Schluß aus den Worten, in dem andern durch einen Schluß

[1]) l. 219. de V. S.

aus anderen Umständen. — Da aber auf der anderen Seite der Wille als etwas blos Innerliches keine Berücksichtigung verdient, so muß auch eine dem innern Willen entsprechende Aeußerung vorliegen, muß Wille und Erklärung sich decken. Wenn ich A will und B sage, so ist das nicht anders, als hätte ich A gewollt, aber diesen Willen nicht zur äußern Existenz gebracht. Daß daneben die Aeußerung von B vorliegt, ändert daran nichts, daß A nicht geäußert ist. Nun liegt aber der Fall practisch nicht so, daß wir zugleich den innern Willen kennen und die Erklärung vor uns haben und vergleichen können, ob das Gewollte gesagt und das Gesagte gewollt ist, sondern es liegt unserer Beurtheilung zunächst die Willenserklärung vor. Von dieser müssen wir also ausgehen. Kommen wir nun zu dem Resultat, daß die Erklärung in der That nur den Schein einer solchen hat, daß B erklärt worden, während A gewollt ist, so steht soviel fest, daß das erklärte B als dem ermittelten Willen nicht entsprechend rechtliche Wirkung überhaupt nicht äußern kann; ich schenke Jemandem den fundus Cornelianus, während ich den Sclaven Stichus schenken will: der fundus Cornelianus ist nicht geschenkt. — Zu diesem Resultat, daß die Erklärung nur eine Scheinerklärung ist, daß die einen bestimmten Willen zu erkennen gebenden Worte nicht als der richtige Ausdruck des Willens aufzufassen sind, können wir aber nur kommen, wenn dies ganz evident nachgewiesen ist, wie dies l. 69. pr. de leg. III. mit den Worten ausdrückt: non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. Wegen der blosen Möglichkeit, daß mit den Worten ein anderer Sinn verbunden gewesen, wegen eines blosen Zweifels, ob das auch wirklich gewollt worden, was gesagt ist, dürfen wir von dem Wortsinn nicht abgehn. Das ist der Sinn der l. 25. §. 1. de leg. III.: cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio [2]). Es ist kein nodus in stirpo quaerendus. Der Ausdruck „es ist quaestio facti, quaestio voluntatis"

---

[2]) Cfr. auch l. 1. §. 20. de exerc. act. 14. 1. in re dubia melius est verbis servire.

bezeichnet gerade den Fall, wo in den thatsächlichen Umständen, in der Willensmeinung der Interessenten etwas zweifelhaft ist, und diese Frage, ob etwas zweifelhaft ist, kann da nicht aufgeworfen werden, wo in der That kein Zweifel ist. — Also das scheinbar erklärte, in der That nicht gewollte B gilt nicht, vorausgesetzt, daß diese Sachlage durch andere Umstände evident nachgewiesen ist.

Ehe wir aber zu der Frage übergehn, wie es sich verhält, wenn die gebrauchten Worte nicht so unzweifelhaft als Ausdruck eines bestimmten Willens erscheinen, müssen wir die nächstliegende beantworten, ob das gewollte A gilt. Ist in dem obigen Beispiel der Sclave Stichus geschenkt? Der Wille gilt ja nur, wenn er erklärt ist; dürfen wir den Worten solchen Zwang anthun, daß wir in der Erklärung von B das A als erklärt annehmen können? Die citirte l. 69. pr. betont nur die Negative, daß A als nicht gewollt gilt, wenigstens liegt in dem »recedere a significatione verborum« gewiß nicht ausgesprochen, daß nun das andre nachweislich Gewollte auch als rechtlich existent in Betracht kommt. — Allerdings wird, damit dieses Erforderniß des evidenten Beweises einer andern Absicht erfüllt werden kann, meist auch diese andre Absicht äußerlich erkennbar gemacht sein müssen, und insofern kann sie dann möglicherweise auch auf dem Rechtsgebiet Wirkungen äußern. Ist das aber nicht der Fall, so muß man dieser andern Absicht die rechtliche Existenz absprechen, weil das eine Erforderniß derselben, die Erklärung, fehlt. Dies wird denn auch von den römischen Juristen ausdrücklich anerkannt:

l. 9. pr. de hered. instit. 28. 5. Quoties volens alium heredem scribere alium scripserit, in corpore hominis errans, — placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. §. 1. Et si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem relinquere vestem leget, neutrum debebit [3]).

---

[3]) Cfr. auch l. 7. §. 2. de sup. leg. 33. 10. — nam etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, verglichen mit den vorhergehenden Worten.

Von neueren Juristen wird bei Aufstellung der Grundsätze über Interpretation bisweilen ein Unterschied gemacht und gelehrt, einseitige Geschäfte seien ganz im Sinn des Errichters auszulegen, bei zweiseitigen könne natürlich nicht dasjenige Inhalt des Geschäfts sein, was eine Partei für sich dachte, sei es, daß sie überhaupt etwas ganz andres gedacht als sie gesagt habe, sei es, daß sie unter den klaren Worten mehr oder weniger verstanden habe; anders sei es jedoch, wenn auch die andre Partei mit den gebrauchten Worten denselben Sinn verbunden habe, indem es dann gleichgiltig sei, wie dieser Sinn ausgesprochen sei. Dieser Satz ist aber gewiß in dem Umfange nicht richtig, wie dies schon die eben citirten Stellen ergeben. Die Aufgabe des Interpreten ist die Ermittelung der Bedeutung einer Willenserklärung, deren Existenz feststeht; das Gewollte muß aber doch wenigstens möglicherweise in dem Erklärten liegen können. Wenn ich einem Kaufmann 100 Centner Zucker offerire, so ist, wenn ich 100 Centner Kaffee gedacht habe und der Kaufmann das gleiche gedacht hat, ebensowenig ein Kauf über Zucker wie über Kaffee abgeschlossen. Zucker haben wir beide nicht gewollt, Kaffee haben wir beide nicht gesagt. In welcher Weise soll auch der Beweis über die beiderseitig auf Kaffee gerichtete Absicht erbracht werden? Wenn wir später übereinstimmend erklären, daß wir das gewollt haben, so ist dies eben ein neuer Vertrag, aber der alte, dem es auf der einen Seite an dem wesentlichen Erforderniß des Willens, auf der andern an dem der Willenserklärung fehlt, wird dadurch nicht zu Recht bestehend. Allerdings ist es möglich, daß trotz einer solchen den wahren Willen gar nicht enthaltenden Worterklärung der Vertrag doch giltig ist. Wenn ich dem Kaufmann eine Partie Zucker zeige und mit Hinweis auf dieselbe ihn frage, ob er diesen Kaffee kaufen wolle und er antwortet, er kaufe diesen Kaffee, so ist der Kaufvertrag über den Zucker giltig abgeschlossen, aber dann liegt in der Hindeutung auf das Object das Correctiv der Worte, diese Hindeutung ist die Erklärung des Willens, das Object ist gewiß, der Name hätte gar nicht genannt zu werden brauchen. Es fällt das dann unter den Begriff der falsa demonstratio. — Gleiches gilt aber auch bei einseitigen Rechtsgeschäften. Wenn

ich den A zum Erben einsetze, während ich den B einzusetzen beabsichtige, oder wenn ich mein Landgut legire, während ich mein Reitpferd vermachen will, gilt keins von beiden. Wenn ich aber wirklich eine bestimmte Person oder Sache im Sinne habe und diese Willensrichtung auch von mir erkennbar gemacht worden ist, so daß die Existenz dieses Willens infolge des Offenbarens desselben feststeht, so schadet eine im Uebrigen nicht zutreffende Beschreibung und Bezeichnung der Person oder des Objects der Giltigkeit der Disposition nicht.

Wenn ich z. E. meinen Urenkel Sempronius einsetzen will und sage „mein Enkel Sempronius soll Erbe sein", so gilt die Einsetzung nach der ratio iuris civilis unzweifelhaft.

l. 33. pr. de C. et D. 35. 1.: Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet, neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit vel nepotem vel quodlibet tale; et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est.

l. 34. pr. eod. Si nominatim alicui legetur ita: Lucio Titio, an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit [4]).

Dahin gehört auch der Fall der l. 25. §. 1. de lib. et post. 28. 2. Jemand errichtet fern von seiner Frau ein Testament und setzt darin zum Erben ein „das Kind, welches meine Frau gebären wird"; das Kind war aber schon vor der Testamentserrichtung geboren. Den Worten nach ist das bereits geborne Kind nicht eingesetzt; es steht jedoch fest und ist mit diesen Worten auch erklärt, daß er dasjenige Kind instituirt hat, mit welchem seine Frau schwanger ist, die falsche Bezeichnung des Kindes als eines erst zu gebärenden hindert die Giltigkeit der Einsetzung nicht [5]).

---

[4]) Der blose Irrthum des Erblassers über das nomen proprium des Honorirten schadet bekanntlich auch nicht, wenn nur nicht incertum de quo senserit l. 4. C. de testam. 6. 23. l. 7. §. 1. C. de leg. 6. 37.

[5]) Cfr. auch l. 3. C. de instit. et subst. 6. 25. verglichen mit l. 22. §. 1. ad S. C. Trebell. 36. 1. — l. 50. §. 1. de leg. III. l. 17. §. 1.

Bei den letztwilligen Dispositionen bedürfen aber noch die Fälle einer Erwähnung, wo die Worte klar sind und auch das Gewollte ausdrücken, wo aber, wenn man bei dem wörtlich Erklärten stehn bleiben wollte, die Disposition ungiltig werden würde. Infolge des favor testamentorum, des Princips plenius voluntas defuncti accipienda, wird hier bisweilen, um nicht die Disposition hinfällig werden zu lassen, die Erklärung insofern einer Correctur unterworfen, als dasjenige von der Erklärung, was gerade die Nichtigkeit herbeiführen würde, des specifischen Ausdrucks entkleidet und dasjenige, was zwar nicht an der Oberfläche liegt, aber doch in der Erklärung auch als enthalten gelten kann und wobei das Geschäft zu Recht besteht, hervorgezogen wird. So wird durch benigna interpretatio die heredis institutio ex re certa aufrecht erhalten. Die Verfügung „A soll Erbe sein auf mein Haus" widerstreitet dem Begriff der Universalsuccession und A würde streng genommen weder Erbe werden noch das Haus bekommen können. Der Erblasser hat jedenfalls zu viel erklärt: hat er gewollt, daß A Erbe werde, dann ist die Erwähnung des Hauses überflüssig und an sich schädlich; hat er den A nur mit dem Legat des Hauses honoriren wollen, dann ist der Ausdruck „Erbe" zu weit und unpassend. Aber trotz der unpassenden Form der Willenserklärung kann man doch beides in derselben enthalten finden. Geht man nun davon aus, daß die letztwillige Disposition aufrecht erhalten werden soll, so kommt man für den Fall, daß neben dem A andre Erben nicht genannt sind, zu dem Resultat, daß die Erwähnung des Hauses als überflüssig und nicht geschehen zu betrachten ist, detracta rei certae mentione sine parte heres

de leg. I. l. 13. pr. de lib. et post. 28. 2. l. 4. C. de post. hered. inst. 6. 29. Dazu Schmidt das formelle Recht der Notherben pag. 40. N. 117. 118. Den Gegensatz hierzu bildet der Fall der l. ult. C. de her. inst. 6. 24. Wenn ich testire, X solle der Erbe des A sein — und dies weder so zu erklären ist, daß ich Erbe des A geworden bin, noch so, daß ich erst den A eingesetzt habe, — so ist das ungiltig. Justinian erklärt mit Recht die Ansicht einiger älterer Juristen, es sei so aufzufassen, als hätte ich mich A genannt, für zu plump (crassior), cum non sit verisimile in suum nomen quemquam errasse; als falsa demonstratio kann das nicht aufgefaßt werden.

scriptus intelligitur (l. 9. §. 13. de hered. instit. 28. 5.). Die Eigenschaft als Legatar geht in der Eigenschaft als Erbe auf, si modo voluntas manifestissime non refragatur. Gleiches gilt im Princip, wenn Mehrere ex re certa instituirt sind, sie gelten detracta rei certae mentione als ohne Theilbestimmung eingesetzt, nur daß hier, wo neben jedem mit einem Legat Honorirten zugleich ein Onerirter vorhanden ist, doch die Erwähnung der res certa eine Bedeutung hat, indem Jeder die betreffende res certa als Prälegat erhält. Sind hingegen neben dem ex re certa Instituirten andere ohne diese Beschränkung eingesetzte Erben da, so bedarf es zur Aufrechterhaltung des Testamentes einer solchen Correctur zunächst nicht. Der Wille des Erblassers ist materiell darauf gerichtet, daß jener die res certa haben soll, und es wird daher der specifische Ausdruck: „er soll Erbe sein auf die bestimmte Sache" verwandelt in den generelleren: „ich honorire ihn mit dieser Sache". Nur da, wo wieder die Giltigkeit der ganzen Disposition in Frage gestellt wäre, wenn man die Verfügung als Legat behandelte, greift man wieder zu der andern Auffassung, daß der ex re certa Instituirte Erbe sei, und daraus erklärt es sich, daß durch eine solche institutio ex re certa den Vorschriften des formellen Notherbenrechts genügt wird und daß beim Wegfall aller nicht ex re certa Eingesetzten das Testament nicht destitut wird, sondern der heres ex re certa nunmehr als Alleinerbe die ganze Erbschaft bekommt. — In ähnlicher Weise wird die Verfügung „A soll Erbe sein, nach seinem Tode soll B Erbe sein" als ein dem eingesetzten Erben A aufgelegtes betagtes resp. bedingtes Universalfideicommiß an B behandelt. In diesen und ähnlichen Fällen liegt doch in der Erklärung, wenn auch nur möglicherweise, das Gewollte. Wenn auch die Worte direct auf etwas Anderes hindeuten, so kann doch in denselben auch Jenes gefunden werden, ohne den Worten geradezu Zwang anzuthun, wie dies in den oben besprochenen Fällen geschehen würde. Der Ausdruck Jemand solle mein Erbe sein läßt sich auch auffassen als Erklärung, er solle mein Vermögen haben, während die Erklärung A solle mein Erbe sein nicht als Erklärung B solle mein Erbe sein, und das Legat des Landgutes

nicht als Legat des Reitpferdes aufgefaßt werden kann. Nur durch positive Bestimmung kann von diesem Fundamentalsatz, daß etwas blos Gewolltes und nicht Erklärtes keine rechtliche Geltung hat, eine Ausnahme gemacht werden und eine solche enthält das römische Recht in dem Satz, daß wenn der Erblasser eine geringere Quantität geschrieben hat als er nachweislich beabsichtigte, doch die größere gelten soll [6]). Daß die römischen Juristen selbst über die principielle Richtigkeit dieser Entscheidung Bedenken gehabt haben, zeigt der Umstand, daß Ulpian in l. 9. §. 2. cit. sich auf kaiserliche Rescripte beruft. Als Regel müssen wir daher festhalten, daß das Gewollte, nicht Erklärte, nicht gilt. Daraus ergiebt sich aber die Schranke für die Interpretation, daß sie eben nur auslegen, nicht hineinlegen darf, daß sie nicht etwas zu Tage fördern kann, was nicht in der Erklärung selbst liegt, daß sie nicht etwas zur Existenz bringt, sondern nur den Inhalt und Umfang von etwas Existentem beschreibt, daß sie nicht die Erklärung ersetzt, sondern nur die Bedeutung des Erklärten ermittelt. Dieselben Grundsätze gelten, wenn der Wille erklärt ist durch Handlungen (im Gegensatz zur Worterklärung). Die Handlung, die vorgenommen wird, um einen bestimmten Willen auszudrücken, muß diesem Willen entsprechen, muß als Aeußerung dieses Willens erscheinen. Einheit des Willens und der That ist ebenso erforderlich, wie Einheit des Willens und der Worte. Wenn ich z. E. Jemandem eine Sache schenken will und auf seine Frage, ob ich sie ihm schenken wolle, mit dem Kopf schüttle, kann eine Schenkung nicht angenommen werden; wenn ich eine Sache derelinquiren will und sie doch nicht aus den Händen gebe, kann sie nicht als res nullius occupirt werden; wenn ich auf eine mir zustehende servitus tigni immittendi zu verzichten beabsichtige und doch den bereits eingelassenen Balken im Nachbarhause eingefügt lasse, wird das praedium serviens nicht frei. Auf der andern Seite kann ich z. E. wenn ich einem Bettler ein Geldstück in die Hand drücke, nicht ohne weiteres behaupten, ich habe nicht schenken wollen, weil eben diese Handlung als Ausdruck des Schenkungswillens erscheint. —

[6]) l. 9. §. 2. de hered. inst. 28. 5. l. 15. pr. de leg. I. Cfr. auch Vangerow Lehrb. der Pand. Bd. II. §. 433. Anm. 1. I. 3.

Nun sind aber die Aeußerungen des Willens, Worte und Handlungen, die unserer Prüfung vorliegen, nicht immer von der Beschaffenheit, daß dieser Wille klar und unzweifelhaft aus ihnen zu erkennen wäre. Der Ausdruck kann mangelhaft, die Erklärung mehrdeutig sein. Wenn die Worte Mehreres sagen, gilt dasjenige, was der Erklärende im Sinn gehabt hat [7]). Hier ist dem Erforderniß der Erklärung desjenigen, was gewollt ist, Genüge gethan; es ist nur die Frage, welche von den verschiedenen Möglichkeiten des Willens wirklich ist. Man weicht hier also nicht vom Wortsinn ab, man nimmt nicht einen Willen an, der nicht erklärt ist, aber man entscheidet sich für die eine oder für die andere Bedeutung der Worte, je nachdem man das Eine oder das Andere als gewollt erkennt. Die Worte verrichten hier nur ihre eine Function, indem dann das Erforderniß für die rechtliche Existenz des Willens, die Erklärung vorliegt, nicht aber ihre andere, wonach sie zugleich Erkenntnißmittel des Willens sind. Da bei einer mehrdeutigen Erklärung die Worte eben zu Zweifeln Veranlassung geben, so wird die Erkenntniß nicht durch die betreffenden Worte allein bewirkt, sondern es muß hier der wahre Wille entnommen werden aus anderen Umständen, aus dem Zweck und der Natur des Geschäfts, aus anderen Bestimmungen desselben, aus dem ganzen Zusammenhang. Und hier ist, anders als in dem Fall, wenn die Worte klar und unzweideutig sind, nicht ein evidenter Beweis erforderlich, sondern es kann und muß dann auf die wahrscheinliche Absicht Rücksicht genommen werden. Da wo es sich um die Interpretation eines concreten Falles handelt und der Wille des Disponirenden infolge der Beschaffenheit der Erklärung zweifelhaft ist, auch für einen solchen Zweifelsfall eine specielle gesetzliche Bestimmung nicht besteht, hat das Arbitrium des Richters einen freieren Spielraum als sonst, wo auf einen zweifelhaften Umstand ein rechtlicher Anspruch gestützt wird. Das Recht verweist den Richter in solchen Fällen selbst auf die Wahrscheinlichkeit, auf das id quod veri-

---

[7]) l. 125. de V. S. — qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his quae significantur, sensit. l. 3. de R. D. In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus.

simile cogitatum est[8]). Darüber aber, ob und wann etwas wahrscheinlich ist, lassen sich, wie wir bereits früher gesehen haben, keine festen Regeln geben, es sind das praesumtiones hominis ohne certa doctrina, und man kann nur sagen, daß hier solche praesumtiones hominis, mit oder ohne Erwähnung im Gesetz, hinreichen können, daß darauf hin ein Anspruch als begründet angesehen werde, wie Scaevola in seinen Responsen auf einen vorgelegten zweifelhaften Fall antwortet: non posse absolute responderi, cum multa oriri possint, quae pro bono sint aestimanda ideo que huius modi varietatem viri boni arbitrio dirimendam esse (l. 13. §. 1. de ann. leg. 33. 1.).

Wie wir aber in den Quellen im Allgemeinen anerkannt finden, daß nach dem wahrscheinlichen Willen entschieden werden kann und soll, so begegnen wir auch in der That zahlreichen concreten casuistischen Fällen, wo danach entschieden ist, Anwendungsfällen der allgemeinen Vorschrift, daß das id quod verisimile cogitatum est zu berücksichtigen sei, aus denen die Regel, die schon als solche selbst ausgesprochen ist, hervorgeht und die die Regel bestätigen. Diese Behauptung bedarf keines ausführlichen Beweises. Nur beispielsweise mögen hier folgende Stellen Platz finden.

l. 77. §. 15. de leg. II. Dem Instituten ist auf den Fall seines Todes ein Fideicommiß an die Freigelassenen des Erblassers aufgelegt und ihm ein Anderer substituirt. Der Substitutionsfall tritt ein. Es ist zweifelhaft, ob der Substitut das Fideicommiß sofort entrichten soll oder erst zur Zeit des Todes des Instituten. Coniectura ex voluntate defuncti capienda soll der Tod des Instituten erwartet werden[9]).

l. 104. pr. de leg. I. Alle Erben zusammen sind mit einem Legat von 100 onerirt, später ist aber gesagt, einer der

[8]) l. 25. de R. D. l. 114. de R. I. l. 29. de R. D. l. 35. §. 2. de leg. III. l. 50. §. ult. de leg. I. l. 7. C. de fideic. 6. 42.: voluntatis defuncti quaestio in aestimatione iudicis est. Cfr. auch l. 47. de don. int. vir. et uxor. 24. 1. verglichen mit l. 12. de impens. in res dot. fact. 25. 1. — l. 47. pr. de leg. I. — ibi praestanda est (scil. res legata), ubi testator voluit vel ubi verisimile est, eum voluisse. — l. 17. §. 4. ad S. C. Trebell. 36. 1.

[9]) Cfr. damit l. 52. §. 1. leg. I.

Erben solle dem Legatar nichts geben. Es ist zweifelhaft, ob durch diese nachträgliche Verfügung das Legat um den Theil, den der später befreite Erbe zu leisten gehabt hätte, vermindert ist oder ob die übrigen Erben doch die ganzen 100 auszahlen müssen. Letzteres ist richtiger, cum et significatio verborum non repugnet et voluntas testatoris congruat.

l. 51. pr. loc. 19. 2. Bei der Verpachtung eines Grundstückes ist die Nebenverabredung getroffen worden, daß, wenn der Pachter nicht vertragsmäßig wirthschafte, der Verpachter das Recht haben solle, anderweit zu verpachten und der Pachter ihm das Minus an Pachtgeld, was er bekommen werde, ersetzen müsse. Der Verpachter hat von seinem Recht Gebrauch gemacht und das Gut anderweit verpachtet, hat aber dabei ein höheres Pachtgeld erzielt. Muß er nun seinerseits das Plus dem alten Pachter geben? Videtur silentio convenisse, — ut haec conventio pro locatore tantummodo interponeretur.

l. 80. pr. de C. E. 18. 1.; Cum manu sata in venditione fundi excipiuntur, non quae in perpetuum sata sunt, excipi videntur, sed quae singulis annis seri solent, ita ut fructus eorum tollantur; nam aliter interpretantibus vites et arbores omnes exceptae videbuntur.

l. 41. §. 5. de vulg. 28. 6. Vater und Sohn sind zuerst im Testament ex parte instituirt und sich gegenseitig substituirt. Dann werden noch andere Erben eingesetzt und nachdem so die ganze Erbschaft vertheilt ist, wird gesagt: hos omnes invicem substituo. Es ist voluntatis quaestio, ob auch Vater und Sohn darunter mitbegriffen sind oder ob sich die Substitution nur auf die übrigen Alle bezieht. Quod (das letztere) magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem. —

l. 6. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Ein Extraneus hat eine dos recepticia für die Frau gegeben, die Ehe kommt nicht zu Stande. Der Wortlaut geht nur dahin, daß die Dos bei Auflösung der Ehe zurückgegeben werden solle; es fragt

sich, ob auch in diesem Fall die Rückforderung der Dos begründet ist. Die Frage wird bejaht, denn verisimile est, in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc ideo eum fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret [10]).

Die Wahrscheinlichkeit im Allgemeinen, auf die wir in diesen und vielen anderen Stellen Rücksicht genommen finden, ist wieder die Mutter einzelner Interpretationsregeln, die aber doch immer einen allgemeinen Character behalten. So soll, wenn besondere Gründe, die eine oder die andere Absicht anzunehmen, fehlen, diejenige Auslegung gewählt werden, quae rei gerendae aptior est, diejenige, wobei das Geschäft aufrecht erhalten bleibt und welche der Natur und dem Zweck des Geschäfts am meisten entspricht [11]); ist es zweifelhaft, ob Jemand von seinem Rechte mehr oder weniger aufgegeben oder eine größere oder geringere Verbindlichkeit übernommen hat, so soll das minus als beabsichtigt gelten [12]). Aus dieser letztern Regel geht auch die, daß contra stipulatorem, secundum promissorem interpretirt werden soll, hervor; sie ist bei richtiger Auffassung nur ein Anwendungsfall jener. Gleiches gilt von dem Satz, daß contra venditorem und contra locatorem entschieden werden solle, weil es in ihrer Macht gestanden habe, legem apertius conscribere [13]). Dieses Princip ist jedenfalls nicht ein selbständiges und allgemeines, so daß stets gegen denjenigen, von dem der Anstoß zu dem Geschäft ausgegangen ist, interpretirt werden müßte [14]), sondern es bezieht sich

[10]) Cfr. auch l. 36. §. 1. de C. et D. 35. 1. l. 77. §. 1. ad S. C. Trebell. 36. 1. l. 1. de R. D. 35. 4. l. 142. de V. S. l. 39. §. 1. fam. ercisc. 10. 2.

[11]) l. 67. de R. J. l. 80. de V. O. 45. 1.

[12]) l. 9. 34. de R. I.

[13]) l. 99. de V. O. l. 97. de R. I.

[14]) Auch die Auffassung von Leist Mancipation und Eigenthumstradition 1865 pag. 22. N. 4. — daß **stets gegen den Verkäufer** auszulegen sei, weil die concrete Sache gegen den allgemeinen Werthmesser des Geldes das factische Uebergewicht habe — scheint mir nicht richtig.

die Regel nach dem Inhalt der betreffenden Quellenstellen nur auf den Fall, wenn der Verkäufer oder Vermiether dem Hauptvertrag, dem contractus, noch eine besondere Nebenverabredung zu seinen Gunsten, lex, pactum, zugefügt hat: hier soll secundum promissorem, zu Gunsten des durch die Nebenverabredung Verpflichteten entschieden und das minus angenommen werden, indem der, welcher sich einen solchen besondern Vortheil ausbedungen hat, sich klarer hätte ausdrücken können; ist also der Käufer oder Miether derjenige, der sich durch einen solchen Nebenvertrag einen Vortheil ausbedingt — und das wird allerdings nicht das Gewöhnliche sein, indem regelmäßig der im Besitz befindliche Verkäufer oder Vermiether in der Lage sein wird, legem suae rei dicere, und der die Sache Wünschende sich eine solche Nebenbestimmung gefallen lassen muß —, so muß gegen ihn interpretirt werden[15]). — Daneben giebt es aber auch Regeln mehr positiver Natur, wobei die Rücksichtnahme auf die Wahrscheinlichkeit mehr in den Hintergrund tritt, indem der favor, den gewisse Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse genießen, sich auch darin äußert, daß im Zweifel zu ihren Gunsten zu interpretiren ist. Dahin gehören bekanntlich insbesondere die letztwilligen Dispositionen, deren Begünstigung nach zwei Richtungen wirkt, indem einmal beim Zweifel über die Giltigkeit der Verfügung dieselbe womöglich aufrecht zu erhalten und beim Zweifel über den Umfang derselben zu Gunsten des Honorirten zu entscheiden ist[16]).

In allen diesen Fällen wird nur eine Anweisung gegeben, wie wir bei der Auslegung einer Willenserklärung verfahren sollen; es sind Interpretationsregeln, die uns sagen, nach welcher Richtung wir im einzelnen Fall präsumiren sollen — entweder allgemein so, wie es wahrscheinlich ist, oder speciell so, daß das Geschäft bestehen kann, daß wir das minus annehmen u. s. w. —, aber es ist im Gesetz nicht präsumirt. Und darin liegt der Unterschied von den Rechtssätzen, welche wir civilistische Präsumtionen genannt haben. Man könnte geneigt sein zu fragen, warum die allgemeinen Interpretationsregeln nicht auch Präsumtionen zu nennen

[15]) l. 21. 33. de C. E. l. 39. de pact. 2. 14.

[16]) l. 12. de R. I. l. 25. de R. D. l. 10. pr. de inoff. test. 5. 2.

seien, da doch auch hier eine Annahme, die Wahrscheinlichkeit, Grund und Inhalt des sie enthaltenden Rechtssatzes sei. Aber diese allgemeinen Regeln haben ihre Bedeutung nicht schon in sich selbst, sondern erst in der Anwendung auf einen concreten Fall; sie hängen ohne das in der Luft, sind bloses Gerippe, dem Fleisch und Blut fehlt; es wird hier nicht ein bestimmter Umstand als wahrscheinlich bezüglich als bewiesen angenommen, sondern nur gesagt, daß, wenn etwas wahrscheinlich sei, es angenommen werden solle. Ueber die Interpretationsregeln lassen sich keine weitern Grundsätze aufstellen, sondern sie geben nur die Grundsätze für die Auslegung. Der Streit [17]), ob dann im einzelnen Fall die Vermuthung d. h. die Wahrscheinlichkeit Quelle oder Folge der Interpretation sei, ist ein überflüssiger: nach den vorgelegten Umständen ist etwas wahrscheinlich, darum wird es als wahrscheinlich angenommen und diese Wahrscheinlichkeit genügt hier; man interpretirt so, weil es wahrscheinlich ist. Das Resultat der Interpretation ist Wahrscheinlichkeit, die aber hier die Stelle des vollen Beweises vertritt. —

Wir haben also gesehen, daß, wenn es sich um die Interpretation einer concreten Willenserklärung, die dem Richter zur Prüfung vorliegt, handelt, der Richter dann, wenn die Erklärung mehrdeutig ist, die Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen hat und danach zu entscheiden befugt und verpflichtet ist. Kommt er aber bei dieser Prüfung nicht einmal zu dem Resultat der Wahrscheinlichkeit, bleibt die Erklärung so dunkel und zweifelhaft, daß der wahre Sinn nicht herauszufinden ist, dann kann unter Umständen das Geschäft ohne rechtliche Wirkung sein. Deficit non ius, sed probatio. Das Erforderniß der Willenserklärung ist zwar gewahrt, aber es fehlt an Erkenntnißmitteln des wahren Willens. Und darin liegt der Grund, daß der Zweifel über den Sinn einer Willenserklärung, die zu ihrer Giltigkeit gewisser Solennitäten bedarf, wie das Testament, gehoben werden kann durch nachträgliche formlose Erklärung des Urhebers dieser Disposition, vorausgesetzt nur, daß in die Erklärung nicht etwas hineingelegt wird, was gar nicht in ihr liegt.

[17]) Weindler a. a. O. §. 39. gegen Böhmer l. cit. §. 12.

l. 21. §. 1. qui test. fac. p. 28. 1. Si quid post testamentum factum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod vero obscurius quis in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanari possit? quaeritur; utputa Stichum legaverat, cum plures haberet nec declaravit de quo sentiret; Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet; — — poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat. —

Wenn ich den Titius zum Erben eingesetzt habe und es giebt zwei Titii, so ist der Beweis, welchen Titius ich gemeint habe, schon erbracht, wenn nachgewiesen wird, daß ich mit dem einen Titius sehr nahe befreundet gewesen bin, während ich den andern nur oberflächlich gekannt habe; wenn ich hingegen mit beiden Titii in gleich freundschaftlichen Beziehungen gestanden habe und nicht aus andern Umständen erhellt, welchen ich zum Erben habe einsetzen wollen, so ist keiner von beiden Erbe.

l. 30. de testam. tut. 26. 2. Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor Titius nec apparet de quo sensit testator. Quaero: quid sit iuris? Respondit: is datus est, quem dare se testator sensit; si id non apparet, non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor.

Es gilt also im Princip das Gleiche, wie beim Beweis anderer Thatsachen. Wenn es zur Begründung eines Anspruchs darauf ankommt, daß von zwei in gemeinsamer Gefahr umgekommenen Personen die eine früher oder später als die andere gestorben ist, si non apparet, quis ante spiritum emiserit, non videtur alter alteri supervixisse. Nur daß bei zweifelhaften Willenserklärungen ein apparere schon dann vorliegt, wenn der Wille nur wahrscheinlich gemacht ist [18]).

[18]) Aus den Worten der l. 62. §. 1. de hered. instit. 28. 5.: quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet; quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit, kann man ein Gegenargument nicht ableiten, da derartige Aus-

Ich sagte, daß ein Rechtsgeschäft unter Umständen ohne alle rechtliche Wirksamkeit sein könne, wenn der Wille so zweifelhaft ist, daß man nicht einmal zu dem Resultat der Wahrscheinlichkeit kommt. Um hier nicht verschiedene Grundsätze durcheinander zu bringen und dadurch die Frage zu verwirren, muß man die beiden Fälle, die schon mehrfach angedeutet worden sind, auseinanderhalten: es fehlt entweder an dem Erforderniß der Willensäußerung oder es fehlt an den Erkenntnißmitteln des Willens.

1) Es kann ein materieller Mangel vorliegen, indem es an dem Erforderniß der Willensäußerung fehlt entweder ganz und gar, oder hinsichtlich wesentlicher Bestandtheile des Geschäfts, ohne welche dasselbe gar nicht bestehen kann. Das vage Versprechen eines Grundstückes, die Erklärung: ich schenke, ohne zu sagen wem und was, ist rechtlich wirkungslos, ohne daß die Frage nach dem Beweis überhaupt zur Sprache kommen kann, es ist durch Interpretation nicht aufrecht zu erhalten. Der Wille selbst ist rechtlich unbestimmt, die Erklärung ist so gut wie nicht bestehend, selbst wenn der Erklärende wirklich etwas bestimmtes gewollt hat.

l. 94. de V. O. 45. 1. Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quaestio est, non iuris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit (wenn sich das z. E. aus den vorhergegangenen Verhandlungen ergiebt, wie die Glosse bemerkt) id est certi generis et certae quantitatis, id habebitur pro expresso; alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecerit, nihil stipulatus videtur —.

Dem steht es natürlich gleich, wenn das Geschäft an sich zu Recht beständig ist und nur hinsichtlich einer die Existenz desselben nicht berührenden Modification, hinsichtlich einer Nebenbestimmung ein solcher Mangel vorhanden ist: die beabsichtigte Nebenbestimmung kann dann nicht gelten. Wenn ich Jemandem 1000 Thlr. legire und

drücke wie apertissimae, manifestissimae, evidentissimae probationes u. ä. häufig auch in solchen Fällen vorkommen, wo von einem vollkommen stricten Beweis nicht die Rede sein kann. Cfr. z. E. l. un. §. 3. C. de R. U. A. 5. 13. l. 34. §. 2. de leg. III. l. 17. §. ult. de manum. test. 40. 4. l. 88. de leg. I. u. a.

zuzufügen beabsichtige, er solle von der Hälfte mir ein Grabmal auf dem Kirchhof errichten, ich dies aber in der That nicht ausspreche oder nur erkläre, er solle etwas dafür leisten, ohne zu sagen was, so ist die nicht erklärte oder unvollständig erklärte Auflage rechtlich nicht existent [19]).

Wenn hingegen eine Erklärung hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile vorliegt und nur hinsichtlich weniger wesentlicher Puncte der Wille nicht erklärt ist, von welchen nicht die Existenz der ganzen Disposition abhängt, so kann hier das Nichterklärte aus dem Erklärten und andern von Außen her kommenden Umständen entnommen werden. So leidet die Auflage des Erblassers an den Legatar, daß dieser ihm ein Monument bauen solle, auch an einer gewissen Unvollständigkeit in Bezug auf Umfang und Ort. Das Wesentliche des Willens ist aber erklärt und hinsichtlich des Uebrigen voluntas in aestimatione iudicis est; dieser prüft nach der Größe des Legats und andern Umständen, bis zu welchem Betrag der Erblasser seine Gabe durch diese Auflage wieder hat beschränken wollen, und auch der Ort der Leistung läßt sich nach dem wahrscheinlichen Willen bestimmen, wie z. E. wenn der Erblasser fern von seinem Wohnort im Beisein des X gestorben ist, kurz vor seinem Tod aber ein Testament gemacht, darin den X gebeten hat, seine Leiche nach seinem Wohnort zu schaffen und dann dem X ein Legat gegeben hat mit dem Modus ihm ein Monument zu errichten. Der Richter nimmt hier an: der Erblasser hat wirklich gewollt, er hat sich nur nicht ganz vollständig ausgedrückt, er würde, wenn er sich vollständig erklärt hätte, sich so erklärt haben. Der Richter ergänzt also die in den Modalitäten mangelhafte Willenserklärung nach der wahrscheinlichen Absicht

[19]) Das Legat selbst gilt also. Anders verhält es sich, wenn der Erblasser der Erbeinsetzung erweislich eine Bedingung beifügen wollte und dies nicht gethan hat l. 9. §. 5. de hered. instit. 28. 5. Der Grund hiervon liegt darin, daß die Bedingung nicht in der Weise wie der Modus ein Nebengeschäft ist, welches zu dem Hauptgeschäft als etwas Fertigem, Vollendetem hinzutritt, sondern daß sie die Existenz des ganzen Geschäfts betrifft. Cfr. Unger Syst. des östr. Privatrechts Bd. II. §. 83. N. 3. (es ist da irrig l. 9. §. 5. de cond. instit. 28. 7. citirt).

des Erklärenden [20]). Daß ihm dazu das Recht zusteht, ist nicht zu bezweifeln, namentlich folgt es für letztwillige Dispositionen aus der Interpretationsregel, daß dieselben womöglich aufrecht zu erhalten sind. Bisweilen finden wir auch in den Quellen einen solchen Hinweis auf das, was Jemand erklärt haben würde, wenn er sich speciell genug ausgedrückt hätte, worüber dann die nähere Bestimmung dem Arbitrium des Richters überlassen ist. So gelten z. E. bei einer Verpfändung des ganzen Vermögens diejenigen Sachen als ausgenommen, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse [21]; welches diese Sachen sind, ermißt der Richter. — Auch dem Versprechen von Alimenten fehlt es nicht so sehr an Bestimmtheit wie z. E. dem Versprechen eines Grundstückes: ist auch nicht unmittelbar die Höhe derselben bestimmt, so hat man doch Anhaltepuncte, nach welchen dieselbe bestimmt werden kann [22]) und gleiches läßt sich hinsichtlich des Versprechens einer Dos sagen, wenigstens unzweifelhaft dann, wenn das unbestimmte Versprechen von gesetzlich zur Dotirung verpflichteten Personen ausgegangen ist [23]).

2) Der andere Fall einer mangelhaften Willenserklärung ist der, daß es nicht an dem Erforderniß der Willenserklärung fehlt, wohl aber an den Erkenntnißmitteln des Willens, indem die Erklärung nicht zugleich zum Beweis des Willens dienen kann deßhalb, weil die Aeußerung eine mehrdeutige ist. Daß der Richter hier denjenigen Sinn, den er als den von dem Erklärenden mit der Aeußerung verbundnen

---

[20]) Cfr. z. E. l. 30. de leg. II. Quaedam in testamento ita scripsit: Reipublicae Graviscanorum lego in tutelam viae reficiendae, quae est in colonia eorum usque ad viam Aureliam. Quaesitum est: an hoc legatum valeat? Iuventius Celsus respondit: propemodum quidem imperfecta est haec scriptura: in tutelam Aureliae viae quia summa adscripta non est; potest tamen videri tanta summa legata, quanta ei rei sufficeret, si modo non appareat, aliam fuisse defuncti voluntatem, aut ex magnitudine eius pecuniae aut ex mediocritate facultatum, quas testatrix reliquit; tunc enim officio iudicis secundum aestimationem patrimonii et legati quantitas definiri potest.

[21]) l. 6. de pign. 20. 1.

[22]) Cfr. Puchta Pand. §. 316. N. k. l.

[23]) Cfr. Sintenis pract. Civilrecht Bd. III. pag. 24. A. 37.

erkennt, anzunehmen hat und daß ihm zu dieser Erkenntniß auch schon die Wahrscheinlichkeit genügen kann, ist bereits erwähnt. Hat er aber keinen Anhalt, der ihn das eine oder das andere auch nur als wahrscheinlich gewollt erkennen läßt, und bezieht sich diese Ungewißheit auf wesentliche Bestandtheile, so ist das eben so, wie wenn es an der betreffenden Erklärung ganz fehlte: das Geschäft ist wegen mangelnden Beweises rechtlich nicht existent. Zu dem oben angeführten Beispiel der l. 30. de testam. tut. kann noch hinzugefügt werden

l. 28. de R. D. Si quis de pluribus unum manumitti voluerit nec appareat, de quo manumittendo testator senserit, nulli eorum fideicommissaria competit libertas.

l. 3. §. 7. de adim. leg. 34. 4. Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum [24]).

Betrifft jedoch die Unbestimmtheit weniger wesentliche Bestandtheile, so ist natürlich auch hier nach dem verisimile cogitatum zu entscheiden, nur versteht es sich hier wie auch in dem Fall unter 1) von selbst, daß bei zweiseitigen Rechtsgeschäften nur das als Absicht gilt, was beide Parteien gedacht und gewollt haben, und es ist daher bei diesen immer darauf zu sehen, wie nach bona fides und aequitas der Eine die Aeußerungen des Andern auffassen konnte und mußte [25]). Spricht aber auch nicht einmal die

[24]) Cfr. auch l. 5. §. ult. de R. V. 6. 1. Si plures sint eiusdem nominis servi nec appareat de quo actum sit, Pomponius dicit, nullam fieri condemnationem. — l. 17. de in diem add. 18. 2. Cum duo servi duobus separatim denis in diem addicti sint, et exstiterit, qui pro utroque triginta det, refert, unius pretio decem an singulorum quina adiiciat? secundum superiorem adiectionem is servus inemtus erit, cuius pretio adiectio facta fuerit; secundum posteriorem adiectionem uterque ad posteriorem emtorem pertinebit; quodsi incertum sit, ad utrius pretium addiderit, a priore emtione non videbitur esse discessum.

[25]) Cfr. Jhering in seinen und Gerber's Jahrb. Bd. IV. pag. 27. N. 78.

Wahrscheinlichkeit für die eine oder die andere Intention, so läßt sich nicht ohne Weiteres dem Geschäft alle rechtliche Wirksamkeit absprechen, wie in dem Fall, wo ein solcher Zweifel hinsichtlich wesentlicher Bestandtheile des Geschäfts besteht. Ist z. E. ein Vertrag unter einer Conventionalstrafe abgeschlossen und dabei zweifelhaft, ob für den Fall der Nichterfüllung die Conventionalstrafe allein oder neben der Hauptleistung gefordert werden kann oder ob dem Gläubiger das Recht zustehen soll, alternativ das eine oder das andere zu beanspruchen, so kann man doch nicht sagen, die Verabredung sei gänzlich wirkungslos. Oder, wenn es zweifelhaft ist, in welcher Intention eine Arrha gegeben ist, oder welches die Absicht war bei der Hingabe einer Sache mit Werthanschlag, damit der Empfänger sie verkaufe; wenn der Erblasser Jemanden honorirt hat unter einer Bedingung, deren Erfüllung nicht lediglich und fortdauernd von dem Willen des Honorirten abhängt, z. E. wenn er den Stichus manumittire oder wenn er die Seia heirathe, und es bei Unmöglichwerden der Bedingung zweifelhaft ist, ob der Testator nur den Willen des Honorirten im Auge gehabt hat oder ob er gerade den Eintritt des betreffenden Ereignisses voraussetzt, u. s. w. Hier muß, wenn nicht ein specieller positiver Rechtssatz die Entscheidung giebt, eine jener Interpretationsregeln zur Aushilfe dienen, „in welchen das Recht an Stelle des unfaßbaren Parteiwillens seinen eignen setzt", das benignius, das minus, contra stipulatorum, bei letztwilligen Dispositionen das plenius, pro libertate u. s. w. [26]). — In jenen Fällen hingegen, wo es in Bezug auf wesentliche Puncte des Rechtsgeschäfts entweder an der Erklärung oder an Erkenntnißmitteln des Willens fehlt, hört die Thätigkeit des Interpreten auf.

[26]) Cfr. Brinz Pand. Bd. II. pag. 893. — Daraus, daß bei letztwilligen Dispositionen das plenius und benignius angenommen werden soll, erklären sich eine Reihe von Entscheidungen, die, wenn ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorgelegen hätte, anders ausgefallen sein würden. Ein specieller Ausfluß hiervon, der selbst wieder zu einem selbständigen Rechtssatz geworden ist, ist die Bestimmung, daß, wenn Alimente bis zur Pubertät legirt sind, die Alimente bis zum 18. resp. 14. Jahre gegeben werden müssen (l. 14. §. 1. de alim leg. 34. 1.).

## §. 29.

### b. In Bezug auf stillschweigende Willenserklärung.

Die Erklärung ist die Form, in welcher der bis dahin unsichtbare und darum auf dem Gebiet des nur äußere Erscheinungen berücksichtigenden Rechts bedeutungslose innere Wille auftritt und nun als existent vom Recht behandelt wird. Diese Erklärung kann bekanntlich entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Von dieser stillschweigenden Willenserklärung haben wir nun noch besonders zu handeln, weil hier gerade häufig von Präsumtionen gesprochen wird, wo, wenn man genau sein und Präsumtion nicht in der allgemeinen Bedeutung als Wahrscheinlichkeitsannahme gebrauchen will, nur von Interpretation gesprochen werden darf[1]).

Insofern jeder in die Sinnenwelt eingetretene Wille eine Handlung ist, geschieht jede Erklärung durch eine Handlung, indem aus dieser Aeußerung der Wille entnommen wird. Wenn die Handlung gerade nur den Zweck hat, diesen Willen zu erklären und als Kennzeichen des Willens zu gelten und aus der Handlung sich direct, ohne Schlußfolgerung, der Wille ergiebt, ist die Erklärung eine ausdrückliche; sie kann geschehen nicht nur durch Worte, die wieder mündlich oder schriftlich sein können, sondern auch durch Zeichen und Geberden z. E. Nicken auf eine Frage, Hindeuten auf eine Sache, die das Object des Rechtsgeschäfts bilden soll u. s. w. Von einer stillschweigenden Willenserklärung spricht man aber dann, wenn ein negatives und ein positives Moment zusammenkommen, wenn nämlich die vorliegende Handlung nicht gerade die Bestimmung hat, den Willen kundzugeben, den sie in der That unmittelbar ausdrückt, aber aus der Handlung sich durch Schlußfolgerung noch ein anderer Wille als der ausdrücklich ausgesprochene ergiebt, so daß jene Handlung auch als Erklärung dieses Willens gilt. Wir haben hier also wieder die Form der Schlußfolgerung,

---

[1]) Cfr. über das Folgende insbesondere Savigny Syst. Bd. III. §. 131. 132. Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus (1840). Unger a. a. O. Bd. II. §. 85.

und diese stillschweigende Willenserklärung, die voluntas tacita, ist es gerade, die so häufig mit der Präsumtion, der voluntas praesumta, verwechselt wird.

Die stillschweigende Willenserklärung ist also die aus einer andern nicht direct die Erklärung dieses Willens zum Zweck habenden Handlung gefolgerte. Wenn ein Darlehnsgläubiger im Voraus Zinsen für eine gewisse Zeit, vielleicht zwei Jahre, annimmt, so erklärt er nicht ausdrücklich, daß er dem Schuldner das dargeliehene Geld auf zwei Jahre überlassen wolle; die Handlung des Zinsennehmens ist nicht das lediglich dazu bestimmte Mittel, diesen Willen zu offenbaren, aber in dieser Handlung giebt sich dieser Wille zu erkennen durch die Schlußfolgerung: „Zinsen werden nur gegeben für den überlassenen Gebrauch eines Capitals, wenn man also Zinsen für eine gewisse Zeit annimmt, so überläßt man den Gebrauch des Capitals für diese Zeit". Die Handlung kann vernünftigerweise nur aus diesem Willen hervorgehn, der Zusammenhang zwischen beiden ist unverkennbar, daher geht vermöge eines natürlichen Rückschlusses auch aus dieser Handlung dieser Wille hervor, mit andern Worten, der Wille wird durch die Handlung stillschweigend erklärt. Da wir Handlung als jeden in die Sinnenwelt eingetretenen Willen bezeichnet haben, so versteht es sich von selbst, daß die Handlung, von welcher der Schluß auf den Willen gezogen wird, nicht nur eine Handlung im engern Sinn im Gegensatz zum Wort (rebus ipsis et factis) z. E. die Vorausannahme von Zinsen, sondern auch eine Erklärung durch Worte und Geberden, der eine selbständige Bedeutung zukommt, sein, daß also auch in einer ausdrücklichen Willenserklärung durch Worte eine stillschweigende Willenserklärung liegen kann. Wenn z. E. Jemand, dem eine Erbschaft deferirt ist, einem Erbschaftsschuldner gegenüber erklärt, daß er ihm seine Schuld erlasse, so ist damit stillschweigend der anderweite Wille erklärt, daß er die Erbschaft antrete. — Damit aber eine solche stillschweigende Erklärung die gleiche Wirkung wie die ausdrückliche habe, ist es Erforderniß, daß der Schluß, auf dem sie beruht, ein nothwendiger sei, daß aus der vorliegenden Handlung gerade diese Absicht sich mit Sicherheit ergebe, oder umgekehrt, daß die vorliegende Hand-

lung nur aus dieser Absicht und diesem Willen sich erkläre; es müssen facta concludentia sein, Handlungen, die mit logischer Nothwendigkeit auf die Existenz dieses Willens hinweisen. Ob aber im einzelnen Fall einer Handlung diese Eigenschaft einer schlüssigen beizulegen sei, darüber herrscht für die einzelnen Fälle Streit, indem in demselben Fall der Eine eine tacita, der Andre eine praesumta voluntas erblickt. Ich glaube, daß es zur Lösung dieser Streitigkeiten und Zweifel beitragen wird, wenn man die verschiedenen Fälle gehörig unterscheidet.

Die stillschweigende Willenserklärung beruht ihrem Wesen nach auf einer Schlußfolgerung. Aus frühern Erörterungen haben wir gesehen, daß die Schlußfolgerung eine verschiedene ist, je nachdem der Obersatz den Zusammenhang zweier Thatsachen als ein Gesetz oder als eine Regel ausspricht, je nachdem mit der Existenz der einen die andre nothwendig oder nur wahrscheinlich vorhanden ist; in dem einen Fall ist das Gegentheil gar nicht denkbar, wohl aber in dem andern. Wenden wir diese Sätze auf die stillschweigende Willenserklärung an, so haben wir eine doppelte Möglichkeit: entweder ist der Zusammenhang zwischen der vorliegenden Handlung und dem fraglichen Willen ein nothwendiger, so daß ohne diesen Willen die Handlung nicht denkbar wäre und daher die Handlung nur als Ausdruck dieses Willens erscheint; oder der Zusammenhang ist nicht ein absolut nothwendiger, indem die Handlung nicht nur dieser, sondern auch einer andern Absicht ihre Entstehung verdanken kann und darum eine Deutung der Handlung als Erklärung gerade dieser Absicht unzulässig ist, wenn auch die Wahrscheinlichkeit mehr für die eine als für die andre spricht. Das Gesetz, welches diesen Zusammenhang als einen nothwendigen aufstellt, ist die menschliche Vernunft; wenn die Vornahme einer Handlung sich vernünftigerweise nicht anders erklären läßt als unter der Voraussetzung, daß der fragliche Wille im Handelnden vorhanden gewesen sei, so ist es natürlich, daß man nicht dasjenige annimmt, was der gesunden Vernunft widerstreitet, sondern was ihr entspricht. Obgleich man nun von facta concludentia auch bei Wahrscheinlichkeitsschlüssen, in dem Fall, wo eine Handlung mehrfache Deutungen zuläßt und nur

die eine Deutung als wahrscheinlicher vorgezogen wird, sprechen kann, so ist es doch zweckmäßiger und, wenn man die stillschweigende Willenserklärung der ausdrücklichen als gleichberechtigte Art der Erklärung gegenüberstellt, auch richtiger, von einer stillschweigenden Willenserklärung und von facta concludentia nur da zu reden, wo der Schluß von der Handlung auf den Willen insofern ein nothwendiger ist, als vernünftigerweise nur bei der Annahme dieses Willens die Handlung sich erklärt. Nur dann liegt eine wahre stillschweigende Willenserklärung vor, die der wahren ausdrücklichen correspondirt. Wie der ausdrücklichen Erklärung gegenüber nur unter gewissen Beschränkungen der Beweis geführt werden kann, daß die Worte einen andern Willen ausdrücken sollen, so ist auch hier der Beweis regelmäßig nicht zulässig, daß der Handlung eine andre Absicht zu Grunde gelegen habe; sowenig wie dort durch eine Protestation, daß die Worte den Sinn, den sie haben, nicht ausdrücken sollen, etwas an der Bedeutung dieser Worte geändert wird, sowenig kann hier die Protestation gegen den Sinn der Handlung dieser Handlung eine andre Absicht unterschieben; es wäre eine protestatio facto contraria. An einer Reihe von Beispielen, die uns die Quellen des römischen Rechts darbieten, wird dieser Begriff der wahren stillschweigenden Willenserklärung in concreter Verkörperung sich zeigen.

So läßt in dem oben bereits erörterten in l. 56. pr. de pact. 2. 14. enthaltenen Fall das Vorausannehmen der Zinsen für bestimmte Zeit vernünftigerweise keine andre Deutung zu als die dort ausgesprochene: tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. So wird aus dem gleichen Grund darin, daß Jemand nach Ablauf der Miethzeit den Gebrauch der gemietheten Sache fortsetzt und der Vermiether ihm den ferneren Gebrauch überläßt, die stillschweigende Erklärung des Willens, das Miethverhältniß fortzusetzen, gefunden (l. 13. §. 11. loc. 19. 2.). So liegt in der Einlassung auf die vor einem incompetenten Gericht angestellte Klage, wenn der Beklagte wußte, daß das Gericht incompetent war, eine prorogatio fori tacita (l. 1. 2. pr. de iud. 5. 1. l. 15. de iurisd. 2. 1.). Wenn einem

Kaufvertrag eine lex commissoria beigefügt war und die zur Leistung bestimmte Zeit verflossen ist, so daß der Verkäufer nicht mehr an den Vertrag gebunden ist, er aber trotzdem die Leistung vom Käufer fordert oder die freiwillig angebotene annimmt, so hat er stillschweigend sein Recht aus der Nebenverabredung aufgegeben (l. 6. §. 2. l. 7. de lege commiss. 18. 3.). Wenn eine legirte Sache ohne eine bestimmte Servitut gar nicht benutzt werden kann, so gilt diese Servitut als stillschweigend legirt, z. E. eine Wegegerechtigkeit, wenn das legirte Grundstück rings von andern Grundstücken des Erblassers umgeben ist (l. 15. §. 1. de usufr. leg. 33. 2.); wie umgekehrt eine Servitut als stillschweigend aufgegeben gilt, wenn der Servitutberechtigte dem Servitutpflichtigen gestattet, eine Vorrichtung zu machen, wodurch er an der ferneren Ausübung der Servitut gehindert wird (l. 8. pr. quemadm. serv. amitt. 8. 6.). Wenn der Eigenthümer einer Sache, die von einem Dritten seinem Gläubiger als Pfand bestellt wird, die Pfandurkunde unterschreibt, gilt er als stillschweigend in die Verpfändung einwilligend (l. 26. §. 1. de pign. 20. 1.). In gleicher Weise liegt eine stillschweigende Einwilligung vor, wenn ein Theilerbe alle zur Erbschaft gehörigen Grundstücke verkauft und seine beim Verkauf gegenwärtigen Miterben nicht nur nicht widersprechen, sondern auch ihren Antheil am Kaufpreis annehmen (l. 12. de evict. 21. 2.). Wenn einem Erben die Veräußerung einer Sache zu Gunsten einer bestimmten Person verboten wird, so ist das eine stillschweigende Anordnung eines Legats für diese Person (l. 114. §. 14. de leg. I. l. 38. §. 3. 4. de leg. III.), und das Verbot des Erblassers an den eingesetzten Erben, über den Nachlaß zu testiren, enthält ein stillschweigendes Fideicommiß zu Gunsten der Intestaterben (l. 74. pr. ad S. C. Trebell. 36. 1. l. 77. §. 24. de leg. II.). Wenn Jemand condemnirt ist und sich zur Erfüllung eine Zahlungsfrist ausbittet, acquievisse sententiae manifeste probatur (l. 5. C. de re iud. 7. 52.). Wenn der Mann die der Frau geschenkten Gegenstände veräußert, so ist von einer lebenslänglichen perseverantia keine Rede, es ist manifestum, revocatam esse donationem (l. 12. C. de don. i. v. et u. 5. 16.); wenn die an sich zur querela inoffi-

ciosi Berechtigten von den eingesetzten Erben mit dem Bewußtsein, daß diese Erben sind, einzelne Erbschaftssachen kaufen, miethen oder an sie Schulden bezahlen, iudicium defuncti agnoscere videntur (l. 23. §. 1. de inoff. 5. 2.); wenn eine Ehefrau, welcher für eine Forderung an ihren Mann Grundstücke desselben verpfändet sind, ihrem Mann, der diese Grundstücke ihrer gemeinsamen Tochter zur Dos giebt, consentirt, pignoris obligationem remisisse videtur (l. 11. quib. mod. pign. 20. 6.).

In allen diesen Fällen ist der Schluß von der Handlung auf den Willen ein so nothwendiger — nicht deßhalb, weil das Gesetz diesen Schluß anerkennt und vorschreibt, sondern weil in der That durch diese Handlung gerade dieser und nur dieser Wille ausgesprochen wird, — daß es ganz ebenso ist, als wäre dieser Wille ausdrücklich durch Worte erklärt worden. Die wahre stillschweigende Willenserklärung steht in jeder Beziehung der wahren ausdrücklichen gleich. Da nun der Character der Präsumtion gerade darin besteht, daß der Schluß nicht ein absolut nothwendiger ist, so gehören diese Fälle, wo aus einer Handlung der Wille sich mit solcher Sicherheit ergiebt, daß ein andrer Wille gar nicht denkbar ist, so wenig zu den Präsumtionen, wie wenn nach einem Naturgesetz eine Thatsache aus einer andern oder nach einem absoluten Rechtssatz eine rechtliche Folge aus einer Thatsache hervorgeht.

Es giebt aber Fälle, wo von den Neuern von einer stillschweigenden Erklärung und facta concludentia gesprochen und von den Römern der Ausdruck tacite gebraucht wird, ohne daß der Schluß ein so nothwendiger wäre, wo die Handlung nicht gerade einen bestimmten Willen ausdrückt, sondern eine verschiedene Deutung derselben zulässig ist. Wenn der Gläubiger seinem Schuldner den Schuldschein zurückgiebt, so kann dieser Handlung die Absicht zu Grund liegen, ihm den Schuldschein zu irgend einem Zwecke, vielleicht damit er eine Abschrift davon nimmt oder einem Dritten gegenüber diese Schuld beweisen kann (z. E. um den Abzug der quarta Falcidia zu begründen), auf eine bestimmte Zeit zu überlassen, nach gemachtem Gebrauch aber zurückzuerhalten, oder aber er kann damit die Absicht verbinden, ihm

die Schuld zu erlassen, es kann aber endlich auch geschehen sein, weil die Schuld bezahlt oder sonst wie getilgt ist. Wenn der Gläubiger gegen den Schuldner nur das dargeliehene Capital einklagt, ohne die vertragsmäßig ausbedungenen Zinsen mitzufordern, so kann er dabei den Willen gehabt haben, jenem die rückständigen Zinsen zu schenken, er kann aber auch die Zinsen später noch fordern wollen; gleiches gilt, wenn Jemand gegenüber der gegen ihn angestellten Klage eine Forderung, mit der er compensiren könnte, nicht einredeweis geltend macht. — Wenn man in solchen Fällen auf die vorliegende Handlung ein Recht stützt, indem man sie als gerade in einer dieser möglichen Absichten vorgenommen behauptet, so muß man nach allgemeinen Grundsätzen diesen Willen beweisen, da er aus der mehrdeutigen Handlung an sich nicht hervorgeht. Da es sich aber, wenn die Willensäußerung nicht in einer vorausgegangenen Thatsache ihren Grund findet, wie die Zurückgabe des Schuldscheins in der erfolgten Zahlung (wo also die Zurückgabe nur eine Folge der geschehenen Zahlung ist und darum es in der That auf den dieser Handlung zu Grunde liegenden Willen nicht ankommt), sondern wenn der Wille die Grundlage eines dadurch erst entstehenden Anspruchs ist, wie bei der Rückgabe des Schuldscheins in der Absicht, die Schuld zu erlassen, — da es sich hier um den Beweis eines innern, undeutlich erklärten Willens handelt, der darauf gerichtet ist, daß damals bei der Vornahme dieser Handlung dieser Wille vorhanden gewesen sei und in dieser Handlung sich ausgesprochen habe: so kann der Beweis nicht durch die gewöhnlichen direct hierauf gerichteten Beweismittel wie Zeugen u. s. w. geführt werden, sondern es ist eine sorgfältige Erwägung der concreten Umstände erforderlich; und auch hier kann, wie bei der mehrdeutigen hierauf gerichteten Willenserklärung, der Richter nach dem verisimile cogitatum entscheiden, es ist auch hier, — anders als wo es sich um den Beweis einfacher Thatsachen, daß etwas geschehen sei, z. E. Zahlung handelt, — der richterlichen Prüfung Spielraum gelassen, denn es wird hier der Natur der Sache nach ein andrer Beweis als durch die Umstände gar nicht denkbar sein. In solchen Fällen ist besonders häufig von quaestio facti, quaestio voluntatis

die Rede [2]). Zieht der Richter nach allgemeinen logischen Gesetzen aus den die Handlung begleitenden concreten Umständen den Schluß, daß in ihr sich wirklich der behauptete Wille manifestirt habe, so gilt ihm für den concreten Fall der Wille als bewiesen. So entnimmt er in l. 26. h. t. aus dem Zusammentreffen der verschiedenen auf den Erlaß des Fideicommisses hindeutenden Umstände den Willen, daß die Schuld habe erlassen werden sollen, gleich als läge eine wahre stillschweigende Erklärung dieses Willens vor (quasi tacite fideicommissum fuisset remissum). Es kann also durch das Zusammentreffen von Umständen die zur Entscheidung genügende Ueberzeugung des Richters begründet werden; ob und wann das aber der Fall ist, darüber lassen sich wieder allgemeine Regeln nicht aufstellen. — In welchem Verhältniß nun diese Fälle zu den Willenspräsumtionen stehn, davon haben wir im folgenden Paragraphen zu handeln.

## 2. Verhältniß von praesumtio voluntatis zur Interpretation.

### §. 30.

In den bisher besprochenen Fällen fand nicht ein Vorwegannehmen eines bestimmten Willens ohne Beweis statt, sondern der Wille war bewiesen, wenn auch die erbrachte Gewißheit an einem andern Maßstab gemessen wurde und statt der von dem Dasein der gesetzlichen Erfordernisse abhängigen Ueberzeugung die auf dem Wege logischer Prüfung zur Entstehung gekommene Annahme der Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Willens genügte. Man spricht, im Gegensatz zu der wahren stillschweigenden Willenserklärung, in den Fällen der letzten Art häufig von vermuthlichem oder vermuthetem Willen resp. derartigen Willenserklärungen. Wenn Unger (a. a. O. §. 85. N. 15.) sich gegen die letztere Bezeichnung erklärt, so geht er davon aus, daß von Vermuthung nur gesprochen werden könne, wenn das Gesetz sie aufstellt. Jedoch ist der dagegen angeführte Grund, daß in den Fällen, wo der Schluß nicht mit logischer Nothwendigkeit gezogen werden kann,

---

[2]) Cfr. z. B. l. 8. §. 6. 13. 15. 16. de pign. 20. 1. l. 92. pr. de leg. I.

die behauptete Existenz dieses Willens bewiesen, also zur juristischen Gewißheit erhoben werden müsse, in der That kein Grund gegen diese Bezeichnung. Denn daß die nicht gesetzlich aufgestellte Vermuthung zur juristischen Gewißheit nicht genügt, hindert nicht, die Vermuthung Vermuthung zu nennen. Unger scheut sich nur, das Wort Vermuthung zu gebrauchen, weil da, wo es sich um den Beweis eines zweifelhaften Willens handelt, dieser Beweis ohne streng legale Beweismittel auf dem Weg der Schlußfolgerung aus den concreten Umständen erbracht werden kann, auch wenn das Gesetz die Schlußfolgerung nicht anerkennt, während nach ihm die Vermuthung zum Beweis nicht genügend ist. Wenn man aber nur überhaupt in solchen Fällen dem Ermessen des Richters freien Spielraum läßt, so ist das ein Streit über Worte. Ob man den Weg, auf welchem der Richter zu der Ueberzeugung von der Existenz dieses Willens kommt, Vermuthung nennt, oder ob man dies umschreibt, es sei im concreten Fall aus den die Handlung begleitenden Umständen nach allgemeinen Denkgesetzen zu entscheiden, ob der Handlung die eine oder andere der mehreren an sich möglichen Bedeutungen beizulegen sei, ist der Sache nach gleichgiltig. Absolute Gewißheit wird eben in solchen Fällen nie erbracht; es ist immer nur menschliche Wahrscheinlichkeit, die aber unter Umständen die juristische Ueberzeugung begründen kann. Wir dürfen aber die Zulässigkeit dieser Bezeichnung um so weniger bestreiten, als in den Quellen selbst der Ausdruck praesumere in solchen Fällen gebraucht ist, nicht blos da, wo ein Zweifel über die Absicht entstehen konnte und nach der Wahrscheinlichkeit entschieden ist, sondern auch da, wo die Willensäußerung an sich zu einem Zweifel gar keine Veranlassung giebt.

l. 28. §. 3. de lib. leg.
l. 57. de I. D.
l. 73. §. 3. de leg. III.
l. 11. C. de cond. indeb. 4. 5.
l. 30. §. 4. de acqu. hered. 29. 2.

Diese und ähnliche Stellen haben allerdings den Schriftstellern vom Mittelalter bis herab auf unser Jahrhundert Gelegenheit gegeben, den Präsumtionsbegriff so auszudehnen und

zu verallgemeinern, daß er ganz unbrauchbar geworden ist und zu den unsäglichsten Verwirrungen und Verirrungen geführt hat. Man braucht nur das erste beste Werk, namentlich aus der ältern Zeit, aufzuschlagen, um zu finden, daß die gewöhnlichsten Interpretationsgrundsätze auf Präsumtionen zurückgeführt werden und daß die Auslegung eines einzelnen Rechtsgeschäfts als praesumtio iuris behandelt wird. So spielt die praesumtio, per quam actus magis valeat quam pereat, nemo praesumitur eligere viam, per quam iudicia sua subvertantur, die praesumtio pro causis favorabilibus u. a. eine große Rolle. So wird die Frage aufgeworfen: quando praesumitur donatio inter vivos, etsi mortis mentio facta sit; legatum quando duplicatum praesumitur. So finden wir Sätze wie: animus ex qualitate facti praesumitur; actus in dubio praesumitur nomine proprio potius quam alieno; conditio in dubio non praesumitur, sed modus; contractus non certius praesumitur quam ex verbis und zwar talis praesumitur, qualis ex verborum figura apparet u. s. w. u. s. w. Es ist daher gegenüber dieser Verflachung des Begriffs allerdings zweckmäßiger, in diesen Fällen nicht von Präsumtionen zu sprechen. Hält man aber nur die verschiedenen Bedeutungen des Wortes gehörig auseinander und wendet man nicht die Grundsätze der Präsumtionen als eigenartiger Rechtssätze, wonach ein bestimmter Umstand ohne Beweis anzunehmen ist, auf die Präsumtionen in der weiten Bedeutung als Annehmen überhaupt an, so ist, wie schon erwähnt, die Gefahr, die in dem Gebrauch des Worts auch in diesen Fällen liegt, nicht gar zu groß. Es entsteht aber hier die gleiche Frage, welche uns schon früher, als wir von den Voraussetzungen der civilistischen Präsumtionen sprachen, beschäftigt hat und welche hier in der speciellen Anwendung auf Interpretation so lautet: inwiefern ist eine in den Quellen enthaltene Interpretation eines concreten Falles als Rechtssatz zu betrachten? Diese concreten Interpretationen bestätigen uns zunächst nur die Regel, daß nach Wahrscheinlichkeit entschieden werden kann. Sie sind häufig nur Ausfluß der allgemeinen mehr oder weniger positiven Interpretationsregeln und wir würden, von ihnen geleitet, ebenso entscheiden, auch ohne

die specielle Erwähnung in den Quellen. So würde z. E. kein Richter das Legat der Sclaven anders interpretiren, als daß sämmtliche Sclaven vermacht und nicht diejenigen ausgenommen sein sollen, die der Erblasser als Schauspieler zu vermiethen pflegt; oder die Bestellung der dos Seitens der Frau an den paterfamilias des Ehemanns mit den Worten: „was Dein Sohn mir schuldet" anders, als daß diese Forderung in ihrem ganzen Umfang Gegenstand der dos sei. Aber wir sind an eine solche concrete Interpretation der Quellen nicht gebunden, nämlich dann nicht, wenn wir sehen, daß die Entscheidung hervorgegangen ist aus der Erwägung verschiedener vorgelegter Umstände, besonderer Verhältnisse und des zwischen ihnen stattfindenden eigenthümlichen Zusammenhangs. Denn wenn hier die Sachlage nur im mindesten verändert ist, können wir zu einer ganz andern Entscheidung hingedrängt werden [1]). Ein Beispiel liefert die schon mehrfach besprochene und benutzte l. 26. h. t., so wie die l. 17. §. 1. de usur. 22. 1. Die letztere lautet:

> Divus Pius ita rescripsit: Parum iuste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratiosior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.

Aus dem Unterlassen der Einforderung der Zinsen längere Zeit hindurch folgern zu wollen, daß dies in der Absicht, ganz und gar Verzicht darauf zu leisten, geschehen sei, würde nicht nur an sich sehr bedenklich sein, sondern auch geradezu andern Stellen widersprechen. Daß in der Anfrage, auf die hin der Kaiser das Rescript ertheilt, noch ganz eigenthümliche Umstände und Verhältnisse hervorgehoben gewesen sind und daß wohl vorzüglich in Berücksichtigung dieser der Kaiser so entschieden hat, dürfte mit ziemlicher Gewißheit aus den Schlußworten qui eas a debitore tuo, ut gratiosior videlicet apud eum esses, petendas non putasti hervorgehen. Mir scheint die Stelle so erklärt werden zu müssen: Der beim Kaiser Anfragende hat in der Absicht, sich

---

[1]) Daher finden wir, wo die Juristen solche concrete Fragen erörtern, so häufig hervorgehoben: secundum ea, quae proponuntur.

zu Erreichung irgend eines Zweckes seinen Schuldner geneigt zu machen, die Zinsen überhaupt nicht fordern wollen; er hat dann seinen Zweck nicht erreicht und will nun diesen Erlaß zurücknehmen und die Zinsen nachträglich einklagen. Die Rückforderung einer Schenkung aus dem Grund, weil man das mit der Schenkung Beabsichtigte nicht erreicht hat, ist aber unstatthaft [2]) und diese Antwort ertheilt auch der Kaiser mit dem Bemerken, daß er, der Gläubiger, ja durch die That seine Absicht die Zinsen zu erlassen zur Vollendung gebracht habe, wie das die mehrjährige Nichtforderung derselben klar zeige. Wollte man anders interpretiren, so würde der Kaiser etwas höchst Triviales sagen, nämlich: „daß du unterlassen hast, die Zinsen zu fordern, zeigt — die lange Zeit, in der du sie nicht gefordert hast". Es ist daher Savigny [3]) vollkommen beizustimmen, wenn er in Bezug auf diese beiden Stellen, l. 26. h. t. und l. 17. cit., sagt: „mit Unrecht hat man aus diesen blos casuistischen Stellen Rechtsregeln ableiten oder andere Rechtsregeln widerlegen wollen." Anders aber ist es, wenn eine einfache Thatsache, eine in sich abgeschlossene Handlung vorliegt und voraussetzungslos diese als Erklärung eines bestimmten Willens betrachtet wird. Hier haben wir allerdings einen Rechtssatz, der eine uns bindende Norm enthält. Ehe auf diese Rechtssätze, diese speciellen gesetzlichen Interpretationen, näher eingegangen werden kann, müssen wir, um das Verhältniß zwischen Interpretation und praesumtio voluntatis genau feststellen zu können, noch einmal auf den oben erwähnten Unterschied in Beziehung auf die Mangelhaftigkeit des Willens zurückkommen.

1) Wenn es an dem Erforderniß der Willenserklärung hinsichtlich wesentlicher Punkte fehlt, kann von Interpretation nicht die Rede sein. Durch Interpretation kann nur die Bedeutung und der wahre Sinn des Erklärten ermittelt, der Inhalt und Umfang des in die Außenwelt getretenen Willens dargelegt werden, aber sie kann nicht die Erklärung ersetzen, kann nicht den Willen zur rechtlichen Existenz bringen, dem eben zur

---

[2]) l. 3. §. 7. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

[3]) System IV. §. 158. N. g.

rechtlichen Existenz das Erforderniß der Aeußerung fehlt; sie kann auch nicht, wenn in einem concreten Fall allerdings ein Wille erklärt ist, aus dieser Erklärung einen andern Willen zu Tage fördern, der nicht in der Erklärung enthalten ist. Finden wir also in den Quellen Rechtssätze, wo gegen diese unbestreitbaren Principien doch ein Wille als rechtlich existent und wirksam ohne Erklärung angenommen wird, so haben wir es nicht mit einer Interpretation, sondern mit einer eigenartigen Präsumtion zu thun.

a) Wenn schwere Feindschaft zwischen dem Erblasser und Legatar ausgebrochen ist, gilt das Vermächtniß als adimirt, und wenn der Ehemann sich von seiner Frau scheidet, fällt das ihr gegebene Legat zusammen[4]). Es ist das ein Rechtssatz, der sich auf die Annahme gründet, der Erblasser habe die voluntas adimendi gehabt; dieser Wille ist Voraussetzung für das Ungiltigwerden des Legats und dieser Wille wird präsumirt, wird ohne den sonst erforderlichen Beweis angenommen. Von Interpretation wird hier Niemand sprechen. Aber es sind dies auch nicht positive Vorschriften, wie Unger[5]) glaubt. Wären diese Sätze dispositiver Natur, so würde dierechtliche Folge unmittelbar mit der betreffenden Thatsache verbunden sein und es bedürfte dann zum Ausschluß dieser Folge einer besonderen Erklärung, während dies hier offenbar nicht nöthig ist, sondern schon die Wahrscheinlichkeit eines andren Willens das Legat aufrecht erhält. Man könnte allerdings sich darauf zu stützen geneigt sein, daß nicht die blose Thatsache der entstandenen Feindschaft das Legat aufhebe, sondern nur die bis zum Tod ohne Versöhnung fortdauernde Feindschaft, und daß aus diesem Grund das Legat bei Kräften bleibe, wenn die Feindschaft sich vor dem Tod des Erblassers wieder in Freundschaft verwandelt habe. Aber dieser Grund würde einmal nicht auf den Fall der Scheidung passen und dann ist in der That das Ungiltigwerden des Legats ausdrücklich auf den Willen des Erblassers gestellt

[4]) l. 3. §. 11. l. 22. de adim. leg. 34. 4. l. 49. §. 6. de leg. III. l. 3. de auro arg. 34. 2.

[5]) a. a. O. Bd. II. pg. 493. N. 2. pg. 110. N. 19.

und davon abhängig gemacht, wie dies aus dem Wortlaut der betreffenden Stellen hervorgeht.

l. 9. de his quae ut indign. 34. 9.: Si inimicitiae capitales intervenerint inter legatarium et testatorem, et verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum praestari. — l. 3. §. 11. l. 4. de adim. leg. 34. 4.

l. 3. de auro leg. 34. 2.: Non deberi, quia ademta videantur Proculus ait. Nimirum facti quaestio est; nam potest nec repudiatae adimere voluisse.

Wenn also trotz der Scheidung der Testator in ganz gutem Einvernehmen mit seiner früheren Ehefrau bleibt oder wenn er nach der Scheidung oder bezüglich nach dem Ausbruch der Feindschaft ein Codicill macht und darin erklärt, daß er von den im Testament hinterlassenen Vermächtnissen die und jene widerrufe, und gerade das betreffende Legat nicht nennt, so ist sein Wille wahrscheinlich, daß er dieses Legat nicht adimire und das Legat bleibt bestehen [6]). Es ist nach diesen Stellen streng genommen nicht richtig, wenn es in l. 49. §. 6. de leg. III. heißt: separatio dissolvit legatum; nicht die Scheidung, nicht die Feindschaft ist es, die das Legat hinfällig macht, sondern der Wille des Testators, der vom Gesetz präsumirt wird, wie auch nicht durch die Veräußerung des legirten Objects das Vermächtniß aufgehoben wird, sondern durch den Willen des Erblassers, der sich nur in der Veräußerung ausspricht resp. aussprechen kann [7]). Das Gesagte wird dadurch bestätigt, daß es sich gerade anders verhält, wenn ein Fall der wahren Indignität vorliegt [8]). Hier ist der Wille des Erblassers nicht Voraussetzung für die Entziehung des Vermächtnisses, sondern die Annahme, daß dies wohl regelmäßig dem Willen des Testators entsprechen werde, ist nur die Veranlassung

[6]) Cfr. unten §. 32.

[7]) Cfr. die pg. 287. citirten Stellen.

[8]) l. 31. §. 2. de adim. leg. Seia hat dem Titius ein Legat gegeben. Der Legatar erhebt Anklage wegen eines Capitalverbrechens gegen sie; nach erhobener Anklage macht Seia einen Codicill und adimirt dem Titius das Legat nicht. Die Erben brauchen das Legat doch nicht auszuzahlen.

für die gesetzliche Bestimmung, die aber einmal erlassen unabhängig von dieser Annahme wirkt.

b) In diesen Fällen fehlt es an jedweder Erklärung des Willens. Es ist aber bereits hervorgehoben worden, daß ganz gleiche Grundsätze gelten müssen dann, wenn zwar eine Erklärung nach einer Richtung hin vorliegt und diese Erklärung in sich abgeschlossen zu Recht beständig ist, aber hinsichtlich einer anderweiten beabsichtigten Bestimmung, die mit jener hat verbunden werden sollen, es an der erforderlichen Erklärung fehlt. Ich nannte beispielsweise den Fall, wenn ein Testator Jemandem 1000 Thlr. legirt, aber die Auflage, daß mit der Hälfte dieser Summe ihm ein Grabmal errichtet werden solle, nur beabsichtigt, in der That jedoch diesen Willen nicht erklärt hat. Zwischen diesen Fällen besteht offenbar kein rechtlicher Unterschied: das Gewollte gilt nicht, weil es nicht erklärt ist, Interpretation kann hier nicht helfen. Wenn ich nun erkläre: „mein Sohn soll mein Erbe sein, bei seinem Tode soll er aber die Erbschaft an meinen Neffen herausgeben", so äußert diese Bestimmung ihre Wirkung so wie die Worte lauten; hatte ich dabei den Gedanken, daß dieses Universalfideicommiß beschränkt sein solle auf den Fall, wenn mein Sohn ohne Descendenz versterbe, so ist das eine voluntas in corde retenta, die an sich so wenig wirkt wie jede andere. Wenn ich meinen unmündigen Haussohn instituire und einen Anderen als Substituten ernenne für den Fall, daß jener nicht Erbe wird, so fehlt es, wenn ich auch die Absicht gehabt habe, daß der Substitut auch Erbe werden solle für den Fall, wenn mein Sohn zwar Erbe geworden, aber als impubes wieder verstorben ist, doch dieser Absicht an der erforderlichen Erklärung und das Gleiche gilt, wenn ich für den Fall, daß der impubes als solcher sterben sollte, ihm einen Pupillarsubstituten gegeben habe, ohne meinen Willen zu erklären, daß der dem impubes ernannte Erbe mein Erbe sein solle, wenn der impubes nicht Erbe werde. Durch Interpretation kann das Nichtexistirende nicht existent werden. Wenn wir also Rechtssätze finden, daß dies Nichterklärte doch als Wille angenommen werden und rechtliche Geltung haben solle, so ist das wiederum nicht Interpretation,

sondern Präsumtion. Denn auch diese Rechtssätze sind so wenig wie die unter a. dispositive Normen. Es ist nicht unmittelbare rechtliche Folge: wenn Jemand einem impubes vulgariter substituirt wird, ist er Pupillarsubstitut; wenn er pupillariter substituirt wird, Vulgarsubstitut; wenn einem Descendenten ein Universalfideicommiß aufgelegt wird für den Fall seines Todes, hat der Honorirte nur dann einen Anspruch, wenn jener ohne eigene Descendenz verstorben ist. Sondern die Folge ist abhängig von der Voraussetzung, daß der Disponirende dies gewollt hat, sie wird durch dieselbe vermittelt: aber der Wille eben wird präsumirt. Der Gegenbeweis ist nicht gerichtet auf die Absicht, diese Folge auszuschließen und auf die Erklärung dieser Absicht, sondern auf das Nichtvorhandensein der Voraussetzung, auf die Irrigkeit der gesetzlichen Annahme im concreten Fall, wozu es dann nicht des Erfordernisses der Erklärung eines andern Willens, sondern nur des Beweises also der Erkenntnißmittel des Nichtvorhandenseins dieses Willens bedarf[9]).

Diese Rechtssätze sind also wahre praesumtiones voluntatis im technischen Sinn. Es besteht aber zwischen ihnen und denjenigen, welche wir sub 2. zu besprechen haben, noch ein bedeutender Unterschied, indem sie nicht blos wie diese processualischer, sondern zugleich materieller Natur sind.

Die Präsumtion des Willens ist nämlich hier von ganz eigenthümlicher Bedeutung. Wir sind bis jetzt immer davon ausgegangen, daß ein bestimmter Wille wirklich innerlich vorhanden und nur nicht erklärt war. Das wird aber gerade in den seltensten Fällen nachweisbar sein und dann ist es wegen mangelnden Beweises so, als hätte auch innerlich der Wille nicht existirt. Diese Präsumtionen haben daher eine doppelte Function: sie nehmen einmal ohne Beweis das Vorhandensein dieses Willens an und sie ersetzen zugleich die Erklärung des angenommenen Willens. Man könnte geneigt sein, zu sagen, das Recht präsumirt nicht blos den Willen, sondern auch die Willenserklärung. Dies dürfte jedoch leicht zu

[9]) z. B. bei l. 4. de vulg. und l. 102. de C. et D.

entschieden falschen Ergebnissen führen. Es wird nicht die Erklärung des Willens präsumirt, so daß etwa der Gegenbeweis darauf gerichtet werden könnte, eine derartige Erklärung sei nicht erfolgt. Auf der einen Seite würde dieser Gegenbeweis nicht genügen, denn das Gesetz weiß, daß keine Erklärung vorliegt, es hat ja auf diesen Umstand bereits Rücksicht genommen, er ist unter der Bestimmung mit begriffen, ist also gar nicht im Stande, dieselbe zu ändern[10]); auf der andern Seite würde bei der Annahme, daß das Gesetz die Erklärung des Willens präsumire, wonach also diese Erklärung selbst als bewiesen gelten müßte, dieser Präsumtion eine viel größere Tragweite beigelegt, als sie in der That hat. Denn gegenüber der ausdrücklichen Erklärung, deren Stelle dann die Präsumtion vertreten würde, würde der Beweis, daß z. E. der Erblasser den Willen, wegen der ausgebrochenen Feindschaft das Legat zu adimiren, doch nicht gehabt habe, kaum denkbar sein. Wie also bei der Annahme, der Wille sei erklärt, auf der einen Seite der Gegenbeweis des Nichterklärtseins nicht genügen würde, so wäre auf der andern Seite — entschieden gegen die Absicht des Gesetzes — durch diese Annahme dem Legatar der Gegenbeweis erschwert und fast unmöglich gemacht. Das Gesetz würde hier in der That kaum noch präsumiren, sondern fingiren. — Vielmehr wird nur die Existenz des innern Willens präsumirt und diese Präsumtion ersetzt die Erklärung, das Offenbaren des Willens insofern, als der Gegner des auf die Präsumtion sich Berufenden nicht darauf sich stützen kann, daß einem blos innerlichen Willen keine rechtliche Bedeutung zukomme; für die Zulässigkeit und Beschaffenheit des Gegenbeweises ist aber die Auffassung festzuhalten, daß es eine Präsumtion des Willens, nicht der Willenserklärung ist.

In dem eben angeführten Beispiele der Präsumtion der ademtio legati wegen der später ausgebrochenen Todfeindschaft zwischen Erblasser und Legatar, sowie im Fall der l. 102. de C. et D. und der sogenannten substitutio tacita vulgaris und pupillaris tritt klar hervor, daß und wie die Präsumtion die

[10]) Cfr. Weber a. a. O. p. 81.

Erklärung des Willens, welche ganz und gar fehlt, ersetzt. In dem Fall der l. 24. §. 8. de fideic. libert. (s. oben §. 14), wonach in der Auflage an den Erben, den Stichus nicht zu veräußern, eine Freilassung, und in dem Fall der l. 18. de adim. leg. l. 1. §. 1. de instr. et instr. 33. 7. l. 11. §. 13. de leg. III. §. 12. 21. I. de leg. 2. 20., wonach in der Veräußerung des legirten Objects eine Ademtion des Legats als beabsichtigt präsumirt werden soll, liegt die Sache schon etwas anders. Hier ist nicht einfach eine Thatsache eingetreten, der man die Wirkung zuschreibt, einen bestimmten Entschluß im Innern hervorzurufen, dessen Aeußerung es außerdem wegen der Präsumtion nicht bedarf; sondern es liegt hier eine Erklärung, durch Worte oder durch Handlungen, vor und in dieser Erklärung, die den Worten oder der Handlung nach direct auf etwas anderes gerichtet ist, wird der derselben als zu Grunde liegend präsumirte Wille auch als miterklärt angesehen. Es ist das also nicht blos Präsumtion des Willens, sondern auch der Willenserklärung. Aber es ist nicht Präsumtion der ausdrücklichen Erklärung, sondern der stillschweigenden, was wie der in Beziehung auf den Gegenbeweis einen großen Unterschied macht und diese Präsumtion der Willenserklärung der des Willens in Rücksicht der bei beiden geltenden Grundsätze gleichstellt. Auch hier ist der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet, daß eine ausdrückliche Erklärung nicht stattgefunden habe, sondern darauf, daß in der vorliegenden Erklärung der betreffende Wille nicht enthalten sei. Da aber das Gesetz dies präsumirt hat, so genügt nicht der Beweis, daß die Erklärung den Worten nach diesen Sinn nicht habe, oder daß der Handlung möglicher Weise auch eine andere Absicht zu Grunde liegen könne, sondern es ist der Beweis erforderlich, daß in diesem Fall wirklich ein anderer Sinn und Wille mit der Erklärung verbunden sei. Der Sclave, dessen Veräußerung dem Erben im Testament untersagt ist, wird also frei, wenn auch feststeht, daß in dieser Bestimmung des Erblassers nicht nothwendig eine Freilassung liegt, sondern ebensogut blos der Wunsch, der Sclave solle bei der Familie bleiben, ausgesprochen sein kann. Die Veräußerung des legirten Objectes durch den Testator begründet nicht ohne weiteres

eine Aufhebung des Legats, sondern nur, wenn sie mit dem Willen zu adimiren vorgenommen ist. Gegenüber der Präsumtion des Willens aus dieser Handlung kann der Erbe resp. der Legatar nicht einfach sagen, der Wille könne dabei auch ein anderer gewesen sein, sondern es kann nur der Nachweis, daß der Wille wirklich ein anderer gewesen ist, Bedeutung haben. Oder, wenn präsumirt wird, daß der Ehemann die Schuld seiner Frau animo donandi bezahlt habe, so müssen seine mit der actio negotiorum gestorum das Gezahlte zurückfordernden Erben beweisen, daß die Zahlung in der That animo obligandi erfolgt sei. Wenn die Präsumtionen noch beständen, welche die veteres in Bezug auf den animus novandi aufgestellt haben, würden wir hinsichtlich ihrer das Gleiche sagen müssen.

Diese Rechtssätze, wonach ohne Beweis ein bestimmter Wille angenommen werden und ohne alle Aeußerung Wirksamkeit haben soll, sind so anomaler Natur, daß eben nur die gesetzliche Sanction uns dazu berechtigen kann, einen nicht erklärten und nicht bewiesenen Willen als rechtlich existent zu betrachten[11]. Ohne eine solche Sanction sind wir dazu nicht befugt und ich halte es daher für falsch, wenn man sagt, daß ein testamentum reciprocum im Zweifel für ein correspectives zu halten sei; die Clausel, daß die letztwillige Disposition aufgehoben sein solle, wenn der Andere seinen Willen ändere, kann man so wenig stillschweigend subintelligiren, wie die Codicillarclausel; die Rücksichtnahme des

[11]) Man könnte geneigt sein, den Fall der l. 102. de C. et D. zu generalisiren wegen l. 40. §. 3. de pact. 2. 14.: Pater qui dotem promisit, pactus est, ut post mortem suam, in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret; ea conventio, liberis a socero postea susceptis et heredibus testamento relictis, per exceptionem doli proderit, cum inter contrahentes id actum sit, ut heredibus consulatur, et illo tempore quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum consilium supremum contulisse. Hier ist es aber doch Sache der Interpretation: der Vertrag ist abgeschlossen auf die Erben, und nur weil zur Zeit dieses Vertrags der Bruder einziger Erbe war, ist des Bruders gerade Erwähnung gethan, die Absicht war aber — und diese Absicht ist auch mit den Worten, die Dos solle apud heredem suum fratrem bleiben, erklärt — ut heredibus consulatur.

Richters auf den wahrscheinlichen Willen kann nicht soweit reichen, daß er eine solche Bedingung ergänzt. Der Disponirende muß, wenn er ein testamentum reciprocum errichtet und sich nicht durch ausdrückliche Bedingung vorsieht, es sich selbst zuschreiben, wenn der Andere seinen Willen widerruft, da er wissen muß, daß jeder letzte Wille der Aenderung unterworfen ist[12]). Den Satz hingegen, daß bei der Bedingung der Substitution in dem sogenannten casus noluntatis oder impotentiae auch der andere enthalten sein soll, kann man auf Extensivinterpretation und den favor testamentorum zurückführen: der Erblasser will testatus versterben, der Hauptinhalt der Erklärung ist, daß der Secundus eventuell Erbe sein soll, und der Mangel der Erklärung liegt nur darin, daß er blos die eine Eventualität, das Nichtkönnen oder das Nichtwollen des Primus, berücksichtigt hat. Für diesen Satz, casus noluntatis involvit casum impotentiae et vice versa, den die Quellen in dieser Weise nicht kennen, der aber in der Praxis unzweifelhaft gilt, kann man sich auf die Analogie der Einsetzung eines postumus berufen. Entweder wurde der postumus schlechthin ohne alle Zeitbestimmung instituirt oder der Erblasser erwähnte besonders der Zeit der Geburt; sollte im letztern Fall die Einsetzung vollständig sein, so müßte sowohl die Geburt beim Leben des Testators, nach der Testamentserrichtung, als die Geburt nach dem Tod desselben erwähnt sein; war blos der eine Fall hervorgehoben, so galt das in der ältern Zeit als Präterition für den andern (l. 10. de lib. et post. 28. 2.), seit Justinian soll jedoch der eine Fall den andern stillschweigend mit umfassen (l. 4. C. de post. hered. inst. 6. 29. Cfr. Schmidt das formelle Recht der Notherben pag. 40.). Es ist dies offenbar etwas anderes, als wenn ohne alle Erklärung oder entschieden gegen die Bedeutung der gebrauchten Worte ein bestimmter Wille angenommen wird.

Gilt nun dieser Grundsatz, daß der Wille ohne entsprechende Erklärung als rechtlich nicht existent zu betrachten ist, falls nicht ein Gesetz den Willen präsumirt und durch diese Präsumtion die

[12]) S. über diesen speciellen Fall auch Leyser medit. ad Pand. spec. 359. med. 9. und spec. 43. med. 6. 7.

Erklärung ersetzt, schon dann, wenn das Vorhandensein des innern Willens wahrscheinlich oder gar gewiß ist, so muß er um so mehr gelten, wenn das Nichtvorhandensein des Willens feststeht. Wenn wir sagen müssen: es ist gewiß, daß Jemand nicht gewollt hat, aber er würde wahrscheinlich oder gewiß gewollt haben, wenn er etwas gewußt oder an etwas gedacht hätte, so können wir Dem, was gewollt sein würde, niemals ein rechtliches Dasein zusprechen. Wenn ich einen Extraneus zum Erben ernenne, so ist gewiß, daß ich keinen Andern einsetzen will; wenn ich aber gewußt hätte, daß mein Neffe noch lebt, den ich für todt gehalten habe, so würde ich diesem mein Vermögen zugewendet haben: der Neffe ist nicht Erbe. Die einzige Wirkung dieses „ich würde gewollt haben" kann unter Umständen sein, daß die Einsetzung des Extraneus nichtig ist[13]), niemals aber, daß der Neffe als eingesetzt gilt. Nur eine positive Bestimmung könnte dies anders gestalten. Daß dies auch der unwandelbare Grundsatz des römischen Rechts ist, zeigt die l. 3. C. de inoff. test., die auf den ersten Blick etwas befremdendes hat. Dem Kaiser ist folgender Fall vorgelegt worden: Eine Frau hat in ihrem Testament ihre beiden Söhne eingesetzt; danach gebiert sie einen dritten und stirbt bei der Geburt desselben. Der Kaiser rescribirt: repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est; quare filio — — perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Wegen der materna pietas ist anzunehmen, daß sie auch dieses Kind eingesetzt haben würde, wenn sie gekonnt hätte, und darum soll es so betrachtet werden, als hätte sie wirklich gewollt und diesen Willen gehörig erklärt, während der dritte Sohn die querela inofficiosi anstellen kann, si mater cum mutare idem testamentum potuisset, hoc facere ne-

[13]) l. 4. C. de hered. instit. 6. 24. Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est, auferendam ei successionem. — l. 1. §. 11. de Carbon. ed. 37. 10. — — si suppositum partum apparuerit, actiones hereditariae puero denegandae sunt omniaque perinde habenda atque si heres scriptus non fuisset.

glexisset, weil dann die coniectura maternae pietatis nicht mehr Platz greift. Der Grund dieser Entscheidung liegt in der Erwägung, daß andernfalls das Testament durch die Querel umgestoßen und Intestaterbfolge eröffnet, dadurch aber kein anderes Resultat erzielt würde als bei dieser Annahme und daß es daher besser ist, dem favor testamentorum gemäß den letzten Willen aufrecht zu erhalten. Deshalb ist die Entscheidung auch eine andere, wenn die eingesetzten Erben extranei sind: tunc de inofficioso testamento querelam instituere non prohibetur. — Mit diesem Fall, wo das „Jemand würde gewollt haben, wenn ꝛc." sich auf die Existenz eines Willens überhaupt bezieht, sind andere Fälle nicht zu verwechseln, die wir in den Quellen finden, wobei die gleiche Formel gebraucht ist. Wenn schon eine Willenserklärung in einer bestimmten Richtung vorliegt, z. E. ich ernenne Jemand zum Vormund meines Sohnes und hinterlasse demselben zugleich ein Vermächtniß, so kann es fraglich sein, ob ich ihm dasselbe auch gegeben haben würde, wenn ich gewußt hätte, daß derselbe die Vormundschaft nicht annimmt. Hier greift wieder Interpretation Platz; es ist quaestio facti, was mit diesen beiden Bestimmungen gemeint ist. Der Wille, das Legat zu geben, ist erklärt, es ist nur zu ermitteln, ob dieser Wille nach der Absicht des Erblassers von einem andern Umstande, der Annahme der Vormundschaft, abhängen soll. In dem erwähnten Fall würde man sagen müssen: beide Dispositionen sind an sich selbständig und unabhängig von einander, nur durch den Willen des Erblassers werden sie in eine Beziehung gebracht, wenn er nämlich die Zuwendung nur für den Fall hat machen wollen, daß der Legatar auch das Onus der Vormundschaft übernehme, und dieser Wille muß an sich nachgewiesen werden. Die Frage: „würde der Erblasser gewollt haben, wenn er gewußt hätte" löst sich in die Frage auf: „hat er gewollt?" Es ist also lediglich Interpretation, wie auch die Beispiele in l. 25. de C. et D. und in l. 5. de lib. et post. 28. 2. sich darauf zurückführen lassen. Nur daß gerade dann, wenn ein im Testament bestellter Vormund sich excusirt, die Römer einen Fall der Indignität erblicken und er aus diesem Grund das ihm Hinterlassene verliert, wenn nicht die Absicht des Testators

nachgewiesen wird, ihm in jedem Fall, auch wenn er die Vormundschaft nicht übernimmt, das Hinterlassene zuzuwenden, so daß sich also hier das Verhältniß infolge dieser positiven Bestimmung [14]) umkehrt. — Besonders interessant in Bezug auf diesen Punct ist aber das legatum rei alienae, hinsichtlich dessen die gewöhnliche Lehre lautet: „Das Vermächtniß einer fremden Sache gilt nur, wenn der Testator diese ihre Eigenschaft kannte, und von diesem Satz findet nur dann eine Ausnahme statt, wenn der Erblasser auch dann legirt haben würde, wenn er gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sei." Diese Sätze sind keineswegs selbstverständliche. Der Erblasser hat seinen Willen erklärt, diese bestimmte Sache zu legiren. An sich ist ein Legat fremder Sachen vollkommen zulässig, ebenso wie der Verkauf einer fremden Sache, es entsteht für den Erben eine Obligation, die Sachen zu erwerben. Es kann allerdings zweifelhaft sein, ob der Erblasser auch dann legirt haben würde, wenn er die Sache als fremde gekannt hätte, und wenn es gewiß ist, daß er alias legaturus non fuisset, daß der Irrthum, in dem er die Sache für die seinige hielt, die einzige Veranlassung dieser Zuwendung war, so ist das Legat nach allgemeinen Grundsätzen ungiltig, ebenso wie die Erbeinsetzung eines untergeschobenen Kindes, welches der Testator für sein eigenes gehalten und welches er eben lediglich aus dieser Veranlassung zum Erben eingesetzt hat [15]). Aber wie in diesem letzteren Fall, so müßte auch hier, gegenüber der unbedingten Erklärung des Willens zu legiren, an sich der Onerirte nachweisen, daß der Erblasser im Irrthum gewesen sei und ohne diesen Irrthum nicht legirt haben würde [16]). Es ist dies jedoch im römischen Recht durch kaiserliches Rescript und Constitutionen anders bestimmt [17]),

---

[14]) l. 1. §. 3. ubi pupill. educ. l. 32. 38. de excus. 27. 1. l. ult. pr. de confirm. tut. 26. 3. l. 5. §. 2. de his quae ut indign. 34. 9. l. 28. §. 1. de excus. l. 8. C. de leg. 6. 37. — Es hat dieser Fall eine gewisse Aehnlichkeit mit dem folgenden, dem Fall des legatum rei alienae.

[15]) Siehe die Stellen der Note [13]).

[16]) l. 72. §. 6. de C. et D. 35. 1. l. 1. C. de falsa causa 6. 44., cfr. auch l. 72. ad S. C. Trebell. 36. 1.

[17]) §. 4. J. de leg. 2. 20. l. 67. §. 8. de leg. II.

und als Grund dieser positiven Ausnahme wird in l. 67. §. 8. cit. (Note 17.) angegeben die Rücksicht auf die Erben, die nicht mit der Verpflichtung belastet werden sollen, fremde Sachen, vielleicht um hohen Preis, zu erwerben, zumal es ein Erfahrungssatz sei, daß man eher dazu neige, seine eigenen Sachen zu legiren, als dem Erben die Verpflichtung aufzulegen, fremde Sachen zu erwerben, die Wahrscheinlichkeit also dafür spreche, daß der Testator seinen Erben nicht in dieser Weise habe oneriren wollen. Da aber dieser Satz (sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates) nicht weniger wahr ist, wenn auch der Testator weiß, daß ihm die Sache nicht gehört, und in diesem Fall doch der Erbe die Sache erwerben muß [18]), so besteht die Hilfe, welche die erwähnte Constitution den Erben gewährt (succursum est heredibus), offenbar nur darin, daß dem Legatar ein Beweis aufgebürdet wird, den er an sich nicht zu führen hätte, daß also die Erben nicht gezwungen werden können, die fremde Sache zu erwerben und dem Legatar zu geben, wenn nicht von diesem der Beweis geführt wird, daß der Erblasser wissentlich eine fremde Sache legirt hat [19]). Diese rein positive die Beweislast abändernde Bestimmung wird nun von späteren Juristen [20]) sowie von den Compilatoren [21]) als Ausfluß der gewöhnlichen Beweislastregeln darzustellen versucht, während Papinian in l. 67. cit. die allerdings dahin gehende

[18]) Der Wille des Erblassers kann hier gar nicht ein anderer sein. Anders liegt die Sache, wenn der Erblasser zum Theil berechtigt ist, wenn er also z. E. ein Grundstück legirt, welches er im Miteigenthum hat, oder ein Grundstück, an dem ihm die Emphyteuse zusteht: hier gilt nur das Recht als legirt, welches er an der Sache hat. l. 5. §. 2. l. 71. §. ult. de leg. I. Hielt er sich irrthümlich für vollberechtigt, so fehlt eben die scientia, daß ihm die Sache nicht ganz gehört; kannte er den nur beschränkten Umfang seines Rechtes, so folgt aus dieser Kenntniß noch nicht, wie dort, sein Wille, den Erben zur Erwerbung des vollen Rechts zu verpflichten, sondern es ist, da magis in legandis suis rebus voluntates faciliores sunt, das Nächstliegende, daß der Legatar nur das Recht bekommen soll, welches der Testator gehabt hat.

[19]) Cfr. auch l. 57. de leg. I l. 6. C. de fideic. 6. 42.

[20]) Marcianus in l. 21. h. t. 22. 3.

[21]) §. 4. J. cit.

Ansicht von Neratius Priscus, die eben durch die Constitution zur gesetzlichen Anerkennung gelangt ist, zu mißbilligen scheint. Das Verhältniß hat sich nun natürlich umgekehrt. Regel ist, daß der Legatar die scientia testatoris beweisen muß, und davon erscheint es als Ausnahme, wenn l. 10. C. de leg. 6. 37. sagt:

> — — — quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi sciisset, rem alienam esse.

Der Legatar kann und muß jetzt beweisen, daß ihm der Erblasser das Vermächtniß gegeben haben würde, auch wenn er die Eigenschaft der Sache als einer fremden gekannt hätte. Dieser Beweis ist aber nicht ein stricter, sondern es ist dies aus den Umständen, nach der Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, und so ist z. E. der Beweis schon genügend erbracht, wenn der Legatar ein naher Verwandter oder die Ehefrau des Erblassers ist.

In allen diesen Fällen handelt es sich um eine Untersuchung des concreten Falls und um die aus den Umständen zu beantwortende Frage, was Jemand gewollt hat, wobei dann schon die Wahrscheinlichkeit eines Willens genügt. Es sind das aber wieder nur sog. praesumtiones hominis; nicht der Rechtssatz giebt den Beweis, sondern die concreten Umstände. Und daran wird nichts geändert dadurch, daß die allgemeine Vorschrift aufgestellt ist, es solle in einem solchen Falle die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden, wie z. E. beim legatum rei alienae.

2.) In den Fällen unter 1., die wir eben besprochen haben, fehlte es an dem materiellen Erforderniß für die Existenz eines Rechtsgeschäfts, an der Erklärung des betreffenden Willens, sei es, daß eine Erklärung überhaupt nicht vorlag, sei es, daß die Erklärung das Gewollte nicht ausdrückte. Die Rechtssätze, welche wir als praesumtiones voluntatis bezeichnet haben und die weder Interpretationen noch dispositive Normen sind, haben das Characteristische, daß ein bestimmter Wille präsumirt und damit nicht nur der Beweis dieses Willens, sondern auch die gänzlich fehlende Erklärung desselben ersetzt wird.

Es giebt aber auch praesumtiones voluntatis, die eine andere Bedeutung haben, Rechtssätze, die da eingreifen, wo es nicht an dem materiellen Erforderniß der Erklärung des Willens, wohl aber an den Erkenntnißmitteln des wahren Willens fehlt, wo die Erklärung wohl geeignet ist, das wirklich Gewollte auszudrücken, nicht aber das wirklich Gewollte erkennbar zu machen, weil die Aeußerung an sich oder infolge besonderer Umstände mehrdeutig und darum der Wille zweifelhaft ist.

Wir haben früher in Bezug hierauf die beiden Fälle unterschieden: entweder ist der Wille zweifelhaft hinsichtlich wesentlicher Bestandtheile des Geschäfts, oder hinsichtlich weniger wesentlicher. In beiden kann zunächst durch Interpretation geholfen werden; hat jedoch der Richter keinen Anhalt, sich für den einen oder andern Sinn der Worte zu entscheiden, diesen oder jenen Willen als durch die Erklärung ausgesprochen anzunehmen, so gilt im erstern Fall trotz der Erklärung der Wille als rechtlich nicht existent wegen mangelnden Beweises und es könnte hier nur geholfen werden durch die positive Vorschrift, es solle etwas bestimmtes als gewollt angenommen werden. An dem früher bereits angezogenen Beispiel, wenn ein Titius ohne nähere Bezeichnung zum Erben eingesetzt ist und es zwei Titii, die in ganz gleichem Verhältniß zum Erblasser stehn, giebt, wird dies anschaulich. Deficit non ius, sed probatio. Dieser Beweis könnte allerdings ersetzt werden durch die Rechtsvorschrift, daß ein bestimmter Titius, z. E. der ältere, der ärmere ꝛc. als gewollt zu präsumiren sei, wie wir in dem Fall, wenn der Erblasser einen seiner beiden Sclaven legirt, ohne daß ersichtlich ist, welchen er gemeint hat, die Bestimmung haben, daß der Legatar befugt ist zu wählen (l. 20. de leg. I.) [22]); ohne eine solche ist aber die ganze Disposition hinfällig. — Was den zweiten Fall anbelangt, so haben wir hier schon ein Auskunftsmittel durch die allgemeinen Interpretationsregeln, daß das minus, das benignius u. s. w. angenommen werden soll; aber das Auskunftsmittel ist

---

[22]) Cfr. auch l. 1. de opt. leg. 33. 5. — eum cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

eben nur ein solches. Ein Rechtssatz ist hier nicht ein so nothwendiges Erforderniß zu Aufrechthaltung der Disposition, wie dort, aber wenn ein specieller Rechtssatz vorschreibt, in einer gewissen mehrdeutigen Erklärung einen bestimmten Willen als erklärt anzunehmen, so ist damit natürlich das Recurriren auf die allgemeinen Interpretationsregeln überflüssig und unzulässig geworden. In der That finden wir auch eine Reihe von speciellen Entscheidungen in den Quellen, wo eine zweifelhafte Erklärung in bestimmter Weise aufgefaßt ist. Liegen die oben (§. 26.) angegebenen Voraussetzungen vor, daß wir in einer solchen Stelle wirklich einen Rechtssatz und nicht blos eine casuistische durch die besondern Umstände des concreten Falls hervorgerufene und begründete Entscheidung zu erblicken haben, so sind wir vollkommen berechtigt, hier von einer praesumtio voluntatis zu sprechen: es wird ein bestimmter Wille ohne den nach den gewöhnlichen Regeln erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen; es fehlt hier sogar an der in solchen Fällen zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung genügenden Wahrscheinlichkeit, dies alles wird aber ersetzt durch die praesumtio voluntatis. Man kann gewiß diese Rechtssätze, wie es gewöhnlich geschieht, interpretationes iuris nennen, doch hebt der erstere Ausdruck das Characteristische derselben mehr hervor, das Gesetz untersucht nicht erst, in welcher Absicht, mit welchem Willen eine Erklärung abgegeben ist, und weist auch den Richter nicht erst auf eine solche Untersuchung hin, sondern es ist nach ihm ohne Weiteres in einer gewissen Erklärung ein bestimmter Wille enthalten. Und darin liegt die Bedeutung dieser Rechtssätze. Man könnte geneigt sein, folgende Einwendung gegen die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit sowie gegen die besondere Betonung dieser Rechtssätze zu machen: „Diese Entscheidungen gehen von der Voraussetzung aus, daß damit der wahre Wille getroffen sei, sie stellen sich nicht als absolut geltende hin, sondern lassen den Gegenbeweis zu; nun ist aber doch die Voraussetzung für die Anwendung dieser Entscheidungen die Zweifelhaftigkeit, denn wenn dem Richter genügendes Material vorliegt, um einen andern Willen mit der betreffenden Erklärung verbunden zu erkennen, so erachtet er diesen Willen als bewiesen

und berücksichtigt nicht die nur für den Zweifelsfall getroffene gesetzliche Bestimmung. Wie kann also in einem solchen Fall von Gegenbeweis die Rede sein? Wenn die Verhältnisse so sind, daß noch Gegenbeweis geführt werden kann, dann ist eben keine gänzliche Zweifelhaftigkeit über den Willen vorhanden, dann fehlt es an der Voraussetzung dieser Rechtssätze. Es ist also die Entscheidung der betreffenden Stelle immer nur ein interpretatio hominis, nicht legis, wenigstens kommt man mit jener so weit wie mit dieser." — Dieser Einwand wäre aber doch unbegründet. Die gänzliche Zweifelhaftigkeit ist allerdings so zu sagen materiell die Voraussetzung, daß diese gesetzliche Bestimmung zur Anwendung kommt, d. h. es dürfen die Verhältnisse nicht so liegen, daß die Zweifelhaftigkeit sich nach der einen oder andern Seite hin in Wahrscheinlichkeit verwandelt — so wird z. E. die l. 2. §. 1. de pact. 2. 14.: si debitori meo reddiderim cautionem videtur inter nos convenisse ne peterem gewiß keine Anwendung leiden, wenn mich der Schuldner um die Rückgabe des Schuldscheins gebeten hat zu dem Zweck, um einen Dritten von der Existenz dieser seiner Schuld zu überzeugen; aber in Bezug auf die Beweispflicht besteht doch ein großer Unterschied, jenachdem der Schluß von Rückgabe des Scheins auf Erlaß der Schuld den Inhalt einer Rechtsvorschrift bildet oder nicht. Im erstern Fall genügt es dem Richter, wenn die einfache Thatsache erbracht wird, mit welcher das Gesetz die Bestimmung verknüpft; gegenüber der Klage auf Zahlung kann Beklagter seine Behauptung, die Schuld sei erlassen, auf dieses Factum allein gründen und der Richter entbindet ihn, wenn der Gegner nicht Gründe anführt, welche die Annahme des Erlasses im concreten Fall als unbegründet erscheinen lassen, wie z. E. daß er dem Schuldner lediglich zu dem oben erwähnten Zweck den Schuldschein zurückgegeben habe. Fehlte es hingegen an einer solchen gesetzlichen Sanction, so würde der Beklagte durch diese Thatsache den Beweis des Erlasses der Schuld noch nicht erbringen, sondern er würde seinerseits noch anderweite Umstände anführen müssen, wie z. E. die der Rückgabe vorausgegangene Bitte um Erlaß der Schuld, um die Ueberzeugung des Richters zu begründen. Würden solche Umstände, die in dem

Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der Behauptung einer Partei hervorrufen, angeführt, so wäre es Sache des Gegners, diesen Umständen die Beweiskraft zu nehmen durch Darlegung andrer, welche diesen an sich gerechtfertigten und nächstliegenden Schluß als dennoch ungerechtfertigt erscheinen lassen. Handelt es sich um Interpretation einer dem Richter vollständig vorgelegten Willenserklärung, so nimmt er dasjenige als den bewiesenen Willen der Contrahenten oder des Disponenten an, was ihm nach dem Inhalt der Disposition als das Beabsichtigte und Gewollte erscheint; will sich eine Partei dieser Deutung aus den Worten allein nicht aussetzen, so mag sie Umstände beibringen, welche ein andres Licht auf den Sinn dieser Willenserklärung werfen. Von einer vorher normirten Vertheilung der Beweislast kann hier nicht die Rede sein. Entscheidet sich der Richter für die dem Kläger günstige Deutung, so wäre es — wenn überhaupt in einem solchen Stadium Gegenbeweis noch zulässig ist — Sache des Beklagten, den Gegenbeweis zu führen, und umgekehrt. Schreibt aber ein Rechtssatz vor, daß ein bestimmter Wille als in einer Handlung liegend angenommen werden soll, so ist von vornherein bestimmt, wofür sich der Richter zu entscheiden hat, und damit, wie sich Beweis und Gegenbeweis vertheilt.

Es sind also diese Rechtssätze, welche vorschreiben, daß in einer an sich mehrdeutigen Erklärung ein bestimmter Wille als enthalten angenommen werden soll, wahre praesumtiones voluntatis. Im gemeinen Recht kommen sie besonders bei stillschweigenden Erklärungen vor. Ich muß, um die Verschiedenheit derselben von andern Begriffen hervorzuheben, noch einmal auf das zurückkommen, was oben bei Gelegenheit der Interpretation ausgeführt worden ist, und die Sätze, die wir bis jetzt kennen gelernt haben, hier kurz zusammenfassen.

Während nämlich dann, wenn der Schluß von einer Handlung auf einen bestimmten Willen als ein absolut nothwendiger sich darstellt, der gefolgerte Wille bewiesen ist, ohne Rücksicht darauf, ob ein Gesetz diese Schlußfolgerung anerkennt und ausspricht, und während auf der andern Seite dann, wenn ein solcher Schluß auf die Existenz des fraglichen Willens nur nach sorgfältiger Beurtheilung

der concreten Umstände gezogen werden kann, durch die gesetzliche Erwähnung einer derartigen Schlußfolgerung dieselbe nicht zu einem allgemein bindenden Rechtssatz erhoben wird, giebt es Fälle, die in der Mitte zwischen diesen beiden Arten der stillschweigenden Willenserklärung stehen. Ein Rechtssatz kann die Schlußfolgerung von einer Handlung auf einen bestimmten Willen, die an sich nicht nothwendig ist, als bindende Norm aussprechen: „wenn die und die Handlung vorliegt, soll daraus der und der Wille folgen, soll die Handlung als in dieser bestimmten Absicht vorgenommen, als der Ausdruck dieses Willens betrachtet werden." Wenn dieser Rechtssatz nicht mit dem Anspruch auf absolute Geltung unter Ausschließung eines jeden Beweises des Gegentheils auftritt, so ist er eine Präsumtion, so gut wie wenn die Folgerung von einer Thatsache auf eine andere Thatsache als Rechtssatz aufgestellt wird; beide unterscheiden sich nur im Gegenstand, dieses ist eine Ereignißpräsumtion, die Annahme, daß etwas geschehen, jenes eine Willenspräsumtion, die Annahme, daß etwas gewollt sei. Hervorzuheben ist aber auch hier, daß das eigentlich Characteristische das negative Moment ist, das Nichtnothwendigsein der Folgerung. Daß der Zusammenhang zwischen der Prämisse und dem Gefolgerten wahrscheinlich ist, wird zwar der häufigste Fall sein, aber es ist nicht wesentlich für den Begriff der Präsumtion als Rechtssatz; ist der Rechtssatz als solcher einmal aufgestellt, so ist es für seine Geltung gleichgiltig, ob der Handlung wahrscheinlich oder nur möglicherweise diese Absicht zu Grunde gelegen hat. Die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner beweist an sich nicht die Behauptung des letztern, daß ihm vom Gläubiger die Schuld erlassen sei, da diese Handlung nach Obigem verschiedene Deutungen zuläßt; der Zusammenhang zwischen diesem Willen und dieser Handlung ist an sich kein nothwendiger. Unter Umständen kann aber der Richter doch das Vorhandensein dieses Willens annehmen, z. E. wenn der Schuldner den Gläubiger gebeten hat, ihm die Schuld zu erlassen und auf diese Bitte der Gläubiger mit der Uebergabe des Schuldscheins antwortet, oder etwa der Gläubiger in Anerkennung eines geleisteten Dienstes ihm

das Document zurückgiebt ꝛc. Nun finden wir aber in l. 2. §. 1. de pact. 2. 14.

— si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit,

ohne Berücksichtigung solcher concreten Umstände den allgemeinen Rechtssatz aufgestellt, daß in der Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner ein Schulderlaß, ein pactum de non petendo enthalten sein solle. — Wenn der Pfandgläubiger dem Schuldner die verpfändete Sache zurückgiebt, so ist in dieser Handlung, der an sich die Absicht, die Sache precario zu überlassen, oder die Erwartung, danach befriedigt zu werden, ebensogut zu Grunde liegen kann wie der Wille, die Sache vom Pfandnexus zu befreien, kraft positiver Vorschrift der letztere Wille ausgesprochen, jedoch nicht auch der Wille, die persönliche Schuld zu erlassen (l. 3. de pact. l. 3. de pign. act. 13. 7.) Wenn der Pfandgläubiger auf Anfrage des Schuldners in die Veräußerung des Pfandobjects willigt oder die schon geschehene Veräußerung nachträglich genehmigt, so soll darin der Wille liegen, daß er auf sein Pfandrecht verzichte (l. 4. §. 1. quib. mod. pign. 20. 6.). Wenn der Testator die legirte Sache später verschenkt, oder wenn er sie ohne necessitas urgens titulo oneroso veräußert, so enthält das einen Widerruf des Legats (l. 18. 24. §. 1. de adim. leg. 34. 4. arg. l. 11. §. 12. de leg. III.). Wenn der Ehemann dem Gläubiger seiner Frau die Schuld derselben bezahlt, soll die Zahlung, die animo donandi wie animo obligandi vorgenommen sein kann, als animo donandi geschehen präsumirt werden (l. 33. §. 2. de leg. III. cfr. oben §. 14.). Wenn dem künftigen Ehemann vor der Ehe eine Dos gegeben worden ist, so wird angenommen, daß die Absicht war, ihm sofort das Eigenthum zu übertragen (l. 1. §. 2. pro dote 41. 9. l. 7. §. ult. l. 8. de I. D. 23. 3.). Wenn ein Legat unter einem dies gegeben wird, credendum est pro herede adiectum, nisi alia mens fuerit testatoris, sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adiicitur (l. 17. de R. I.). So stellt die l. 17. C. de fide instrum. 4. 21. nach der einen allerdings

bestrittenen (cfr. Keller Pand. §. 222. pag. 436. ff.) Auffassung die Vorschrift auf, daß, wenn die Parteien vor Abschließung des Geschäfts eine bestimmte Form der Abschließung verabredet haben, diese Verabredung so verstanden werden soll, daß die Form nicht blos zum Beweis dienen, sondern die Existenz des Geschäfts von der Beobachtung der Form abhängen und vorher keine Partei gebunden sein soll, weder zur Erfüllung des Vertrags noch zur Vollziehung der Form, wenn nicht die Absicht, daß die Form blos des künftigen Beweises wegen beobachtet werden solle, nachgewiesen wird, welcher Nachweis dann nicht blos durch den Beweis einer ausdrücklichen Verabredung, sondern auch durch Darlegung anderer Umstände, welche diese Absicht erkennbar machen, geführt werden könnte. So kann es zweifelhaft sein, welchen Sinn ein Legat an einen kirchlichen Vorsteher, Bischof und dergl. hat, ob damit das Amt bezüglich die Kirche oder der Träger dieses Amtes selbst honorirt sein soll. In manchen Fällen wird freilich kein Zweifel entstehen, wie z. E. in dem von den ältern Schriftstellern angeführten Beispiel, wenn der Gegenstand des Legats in Falken oder Jagdhunden besteht; für Fälle von zweifelhafter Natur bestimmt aber cap. 15. X. de testam. 3. 26.: wenn gesagt ist, relinquo istud Episcopo, so ist zu unterscheiden, ob der Erblasser ein Extraneus oder ein Verwandter des Bischofs ist. Si ab extraneo, generaliter verum est, quod praesumitur esse relictum intuitu Ecclesiae, non personae; — si vero relinquatur istud Episcopo a propinquo, praesumitur esse relictum non intuitu Ecclesiae, sed personae, nisi forte contrarium probaretur. — Illud autem est generaliter observandum circa eum, qui potest proprium possidere, praelationem vel administrationem Ecclesiae non habentem; quod si ei aliquid relinquatur specialiter, non solum a proprinquo, verum etiam ab extraneo, intelligitur esse relictum non intuitu Ecclesiae, sed personae, nisi probatio in contrarium appareret [23]). So wurde vor Justinian in gewissen Handlungen, die eine bestehende

[23]) Cfr. auch C. 12. qu. 3. c. 3. Nov. 131. cp. 13.

Obligation in irgend einer Weise veränderten, der animus novandi gefunden, bis Justinian diese Präsumtionen aufhob und bestimmte, daß non lege, sed voluntate solum novandum, d. h. daß nur der wahre unzweideutige Wille, nicht der durch positive Vorschrift im Zweifel angenommene, die Novation herbeiführen solle, wobei es dann aber gleichgiltig ist, ob dieser Wille mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen ist oder ob eine wahre stillschweigende Erklärung vorliegt, d. h. eine Handlung, der ein anderer Sinn als die Absicht zu noviren gar nicht untergelegt werden kann, eine Handlung, die mit dem Bestehen der alten Obligation unverträglich ist (l. ult. C. de nov. 8. 42., siehe oben §. 14.).

Zwei Fragen sind es nach diesem, auf die wir noch kurz einzugehen haben, die Frage, wie es sich mit der Regel qui tacet consentire videtur verhält, und die Frage, welches die Bedeutung des consensus fictus und dessen Stellung zum consensus praesumtus ist.

1) Wir haben bei der Erörterung der hinsichtlich der stillschweigenden Willenserklärung geltenden Grundsätze gesehen, daß es sich dabei immer um ein Schweigen handelt, insofern, als der Wille nicht ausdrücklich mit Worten oder Geberden kundgegeben ist, sondern erst durch Schlußfolgerung aus einer andern die Erklärung dieses Willens nicht direct enthaltenden Handlung eruirt wird. Die Controverse, ob im Schweigen eine stillschweigende Willenserklärung liege, hat daher nur den Sinn, ob die Handlung, aus welcher der Wille gefolgert wird, nicht blos eine positive Handlung, ein Thun, sondern auch eine Omissivhandlung sein könne, ob daraus, daß Jemand sich leidend verhält, gänzlich schweigt und nichts thut, ein bestimmter Wille zu entnehmen sei. Es versteht sich aber ferner von selbst, daß diese Frage überhaupt nur dann einen Sinn hat, wenn das Schweigen des Einen einer positiven Handlung des Andern gegenübersteht, wo es sich dann also darum handelt, ob in dem Unthätigbleiben eine Zustimmung zu dieser Handlung gefunden werden kann oder nicht. Die Frage läßt sich so wenig einfach mit Ja oder Nein beantworten, wie wenn man ganz allgemein fragte, ob in einer positiven Handlung

eine Willenserklärung liege. Ein Grund, das Schweigen principiell anders zu behandeln als positive Handlungen, ist nicht vorhanden, es muß vielmehr dort wie hier ganz dasselbe Princip gelten. Kann dem Schweigen einer Handlung gegenüber vernünftigerweise gar keine andere Absicht zu Grunde liegen als der Wille, die Zustimmung zu derselben zu ertheilen, so wird man das Schweigen ebensogut wie eine positive Handlung als stillschweigende Willenserklärung betrachten müssen. Nur besteht freilich der wichtige Unterschied zwischen beiden Fällen, daß eine positive Handlung doch immer Aeußerung eines Willens ist, der Wille also, wenn auch zunächst nicht direct der in Frage stehende, in die Sinnenwelt eingetreten ist, während der Schweigende gar nichts äußert und nur die Frage ist, ob er sich hätte äußern müssen. Daher wird es hier mehr als dort auf die Beurtheilung der concreten Umstände ankommen. Wenn man eine Regel aufstellen will, so darf es, wie auch heutzutage allgemein anerkannt ist, gewiß nicht die sein, welche das cap. 43. in VI. de R. I. enthält: qui tacet, consentire videtur, deren Unrichtigkeit sich an dem ersten besten Beispiel ergiebt (z. E. es fragt mich Jemand, ob ich ihm mein Haus schenken wolle, und ich schweige). Vielmehr kann man als Regel nur das Entgegengesetzte anerkennen, daß im blosen Schweigen an sich keine Einwilligung liegt, und von dieser Regel kann nur im concreten Fall nach der Beschaffenheit der Umstände, unter welchen zu einer vorausgegangenen Handlung des Andern geschwiegen wird, eine Ausnahme gemacht werden (z. E. wenn ich in Gegenwart eines Freundes in dessen Garten Obst breche und verzehre, ohne daß er Einwendungen dagegen erhebt)[24]. Die in dieser Allgemeinheit falsche Regel des cap. 43. cit. findet ihre Beschränkung in dem aus l. 142. de R. I. entlehnten cap. 44. eod.: qui tacet utique non fatetur, sed tamen verum est, eum non negare; es liegt also im Schweigen an sich weder Widerspruch noch Einwilligung, nur die concreten Umstände können ihm die eine oder die andere Bedeutung unterlegen. Wie aber

[24]) Cfr. das launige Beispiel von der zweifelhaften Bedeutung des Schweigens bei Cicero de invent. I. cap. 31. 32.

bei einer positiven mehrdeutigen Handlung durch gesetzliche Vorschrift in manchen Fällen die Handlung in der einen Weise gedeutet wird, so gilt auch für diese Unterlassungshandlung, das Schweigen, etwas ähnliches. Es giebt Fälle, in welchen in dem Schweigen die Zustimmung zu einer Handlung gefunden werden soll. Wenn der Vater der in seiner Gegenwart erfolgenden Ernennung seines Sohnes zum decurio nicht widerspricht (l. 2. pr. ad munic. 50. 1.); wenn der in Adoption Gegebene dazu geschwiegen hat (l. 5. de adopt. 1. 7. l. ult. C. eod. 8. 48. §. 8. I. quib. m. ius patr. pot. solv. 1. 12.); wenn der Vater die Verlobung seiner Tochter und die Tochter ihre Verlobung durch den Vater schweigend geschehen läßt (l. 7. §. 1. l. 12. pr. de spons. 23. 1.); wenn ein Vormund Jemanden als Bürgen benennt und dieser gegenwärtig ist und ohne Widerspruch die Eintragung seines Namens in das Protocoll mitansieht (l. 4. §. 3. de fideiuss. et nom. 27. 7.); wenn ein Schuldner es geschehen läßt, daß ein Dritter sich für seine Schuld verbürgt (l. 6. §. 2. l. 18. 53. mand. 17. 1. l. 6. C. eod. 4. 35. l. 60. de R. I.) — in allen diesen Fällen, und in noch manchen andern [25]), liegt in dem Schweigen auf die vorausgegangene Handlung eine Zustimmung zu derselben. Aber diese Fälle sind den erst erwähnten doch nur ähnlich, nicht gleich. Dort kann der Gegenbeweis darauf gerichtet werden, daß, trotzdem vom positiven Recht der mehrdeutigen Handlung eine bestimmte Absicht untergelegt wird, diese Absicht doch in der That mit der Handlung nicht verbunden war, (daß z. E. in der Rückgabe des Schuldscheins nicht ein pactum de non petendo gelegen hat, sondern daß die Rückgabe vom Schuldner erbeten worden ist, um sich desselben zu einem bestimmten Zweck zu bedienen); hier nützt der Beweis, daß das Schweigen einen andern Sinn gehabt habe, nichts, sondern nur der Beweis, daß Widerspruch gegen diese Handlung erhoben worden sei, also — daß er nicht geschwiegen habe. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt darin, daß in diesen Fällen eine Pflicht sich zu erklären angenommen wird; man soll nicht schweigen, wenn man nicht einverstanden

---

[25]) Cfr. Savigny a. a. O. §. 132. Heyne a. a. O. §. 12.

ist; verletzt man diese Pflicht und schweigt doch, so hilft nun das Nichteinverstandensein nichts, man hat sich seines Rechts durch das Schweigen begeben, auf den rein innerlich gebliebenen Willen wird gar keine Rücksicht genommen, während bei der positiven Handlung die Eruirung der damit verbundenen Absicht die Hauptsache ist und der Rechtssatz nur im Zweifel gerade die eine Absicht annimmt und der Handlung die unter der Voraussetzung dieser Absicht mit ihr von selbst eintretende rechtliche Folge beilegt. Daher kann man diese Rechtssätze, die eine ausdrückliche Erklärung zu ihrer Ausschließung verlangen, nicht Präsumtionen nennen; liegt die ausdrückliche Gegenerklärung vor, so fehlt es an der Voraussetzung für die Anwendung des Rechtssatzes, dem Schweigen; ist sie nicht erfolgt, so ist der Rechtssatz ein absoluter, der seine Wirksamkeit äußert ohne weitre Rücksicht auf den Willen. Wenn man dies festhält, kann man die Fassung, die Neuere dieser Regel zu geben pflegen: qui tacet, consentit, cum loqui d e b u i t, billigen, nur kommt es gerade darauf an, ob eine solche Pflicht sich zu erklären besteht. Der fernere Zusatz zu der Regel: cum loqui p o t u i t ist insofern richtig, als man überhaupt in der Lage sein muß, eine Erklärung abgeben zu können; man muß also vor allen Dingen von der Handlung wissen, um zu ihr mit dieser Wirkung schweigen zu können [26]).

2) Was die zweite Frage, die Bedeutung des consensus fictus und dessen Stellung zum consensus praesumtus, anbetrifft, so haben wir nach Obigem eine w a h r e stillschweigende Willenserklärung angenommen, wenn aus einer Handlung an sich mit innerer Nothwendigkeit gerade ein bestimmter Wille allein hervorgeht, so daß weder der Beweis eines anderen Willens noch die ausdrückliche Erklärung, dieser Wille liege der Handlung nicht zu Grund, etwas hilft; eine w a h r s c h e i n l i c h e, v e r m u t h e t e aber dann, wenn die Handlung an sich mehrdeutig ist; wobei wir dann die beiden Fälle unterschieden haben, daß durch das Zusammentreffen besonderer Umstände im concreten Fall doch die Ueberzeugung

[26]) Cfr. l. 2. §. 2. sol. matrim. 24. 3. — scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.

des Richters begründet werden kann, oder daß kraft positiver Vorschrift (praesumtio voluntatis) bei dem Vorhandensein der betreffenden Handlung allein eine der möglichen Absichten als bewiesen gelten soll, in welchen beiden Fällen der Beweis eines andern Willens nicht nur durch den Beweis ausdrücklicher Protestation, sondern auch concreter Umstände, die diese Annahme als ungerechtfertigt erscheinen lassen, geführt werden kann. Diesem vermutheten Willen gegenüber (den man, indem man nur die zweiseitigen Rechtsgeschäfte im Auge hat, auch als consensus praesumtus zu bezeichnen pflegt), bleibt nun noch die Bedeutung der voluntas ficta, des consensus fictus zu erörtern übrig, weil die Grenzlinie zwischen diesen beiden Begriffen häufig nicht scharf genug gezogen wird. Der Gegensatz zwischen Fiction und Präsumtion besteht im Allgemeinen darin, daß nach dieser etwas angenommen wird, was wahrscheinlich oder wenigstens möglich ist, so daß ein Beweis, es verhalte sich in Wahrheit anders, zulässig ist, während durch jene bestimmt wird, daß etwas als wahr angenommen werden solle, wovon es gewiß ist, daß es nicht wahr ist. Die Fiction ist, wie Alciat (l. cit. Prima pars Nr. 2.) es ausdrückt, legis adversus veritatem dispositio, sie findet nicht, wie die Präsumtion super incerto, sondern super certo et falso statt. Wenn daher Savigny (System III. §. 133.) alle die Fälle, welchen eine positive Rechtsregel die Kraft einer Willenserklärung beilegt, ohne daß deßhalb der Wille als eine Thatsache behauptet werden kann, als fingirte Erklärung bezeichnet, so ist das aus diesem Grunde nicht zu billigen und hat auch Widerspruch von mehr als einer Seite hervorgerufen [27]). Allerdings wird der Ausdruck praesumtio in Fällen gebraucht, wo richtiger von Fiction gesprochen würde (l. un. §. 13. C. de R. U. A. 5. 13.); es erklärt sich das aber aus der allgemeinen Bedeutung, welche diesem Worte zukommt, und man ist darum nicht berechtigt, den Unterschied, der dem Wesen nach zwischen Fiction und Präsumtion besteht, wegzuleugnen und alle die Fälle,

---

[27]) Böcking I. §. 118. Anm. Unger II. §. 85. N. 17., auch Sintenis pract. Civilrecht I. §. 18. A. 34.

die Savigny als Beispiele der fingirten Willenserklärung aufführt, als solche aufzufassen, sowenig wie man auf der andern Seite in allen den Fällen, in welchen ein Gesetz auf einer Wahrscheinlichkeitsannahme beruht, von Präsumtionen und präsumtiver Willenserklärung sprechen darf. Der eigentliche Unterschied zwischen consensus fictus und praesumtus, wenn man, wie man berechtigt ist, einen solchen aufstellt, besteht im Grund in Folgendem. Beim consensus fictus wird die Erklärung eines Willens als vorhanden angenommen, während man gewiß weiß, daß es an einer solchen fehlt, und es treten dann diejenigen Wirkungen ein, die nach rechtlichen Grundsätzen mit der in Wahrheit vorhandenen Erklärung verbunden sind. Weil aber diese Erklärung angenommen wird mit dem vollen Bewußtsein, daß sie in der That nicht abgegeben ist, so ist es eine aus diesem Wesen der Fiction nothwendig hervorgehende Folgerung, daß ein Gegenbeweis, diese Erklärung habe in Wahrheit nicht stattgefunden, vollkommen unzulässig ist und den Eintritt der rechtlichen Folge nicht hindern kann. Wenn einer Frau von einem Extraneus eine Dos gegeben wird und dieser sich nicht ausdrücklich die Rückgabe der Dos versprechen läßt, so soll nach l. un. §. 13. C. de R. U. A. angenommen werden, die Frau habe für sich die Stipulation abgeschlossen (tunc praesumatur, mulierem ipsam stipulationem fecisse). Dies ist eine fingirte Willenserklärung. Es steht fest, daß die Frau die Stipulation nicht abgeschlossen hat, es soll aber gerade das Gegentheil, adversus veritatem, angenommen werden. Das Resultat, daß die Dos bei der Frau bleibt, wird auf einem Umweg erreicht, indem man die Stipulation der Frau annimmt, lediglich zu dem Zweck, um ihr die actio ex stipulatu auf die Dos zu gewähren. In gleicher Weise werden die gesetzlichen Pfandrechte nach den T. D. 20. 2. und T. C. 8. 15. (in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur) auf eine stillschweigende Willenserklärung gestützt, die lediglich eine fingirte ist, wofür aber auch in l. ult. C. 8. 15. der Ausdruck praesumtio wie in der l. un. C. cit. vorkommt. Es wird in diesen und andern Fällen angenommen, daß ein Wille erklärt sei, ohne

allen Anhalt, indem weder Worte noch Handlungen vorliegen, welche die Annahme des Willens und einer Erklärung desselben begründen; es wird bei Gelegenheit einer Willenserklärung andern Inhalts unmittelbar mit dieser Erklärung eine rechtliche Folge verbunden (mit dem Versprechen der Dos die actio ex stipulatu ꝛc.), gleich als wäre auch ein solcher Wille erklärt worden, der diese rechtliche Folge gehabt hätte. Ob diese Annahme einer geschehenen Willenserklärung auf irgend einer allgemeinen Wahrscheinlichkeit beruht, z. E. weil in gewissen Fällen gewöhnlich ein Pfandrecht bestellt wird, oder ob dieselbe ganz willkürlich ist, wie z. E. bei der actio ex stipulatu, ob die Wahrscheinlichkeit des innern Willens Motiv gewesen ist für die Fiction, er sei erklärt, oder nicht, das ist für das Wesen und die Geltung des darauf gestützten Rechtssatzes gleichgiltig. Es leuchtet ein, daß hier die Annahme einer Willenserklärung nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck ist; sie ist nur die Grundlage für eine gesetzliche Bestimmung, wie die Fiction der vollendeten Usucapion die Grundlage der actio Publiciana, die Fiction, der bonorum possessor sei heres, nur das Mittel, ihm die civilen Klagen zu geben, gewesen ist. So wenig wie die Thatsache der Vollendung der Ersitzung in Wahrheit vorliegen muß, um die actio Publiciana zu begründen, so wenig bedarf es der wirklichen Willenserklärung, um das gesetzliche Pfandrecht, um die actio ex stipulatu der Ehefrau zur Entstehung zu bringen. Nur die Entstehung des Rechtssatzes stützt sich auf diese Annahme, nicht auch das Entstehn des dadurch gewährten Rechts. Daher schließt natürlich der Nachweis, daß eine wirkliche Erklärung nicht abgegeben sei, die Anwendung des Rechtsatzes im einzelnen Fall nicht aus, da eben die Annahme einer solchen Erklärung nur die theoretische Grundlage für die Rechtsnorm bildet und die Erklärung nicht etwa die wirkliche Voraussetzung ist, die nur vermöge positiver Vorschrift ohne Beweis angenommen, präsumirt würde. Ein Gegenbeweis ist hier nur in einem weitern Sinn möglich, nämlich als Nachweis der entgegengesetzten Erklärung, des besondern Ausschließens des Eintritts der rechtlichen Folge. Denn nimmt man einmal die Erklärung des Willens gegen die Wahrheit an, so ist damit auch der Wille

selbst gegen die Wahrheit oder wenigstens ohne alle Rücksicht auf die Wahrheit angenommen, so daß der blose Beweis, der Wille sei nicht vorhanden gewesen, als unzulässig erscheinen muß. Nur der Beweis der selbständigen Thatsache des Ausschlusses der auf der theoretischen Grundlage der fingirten Willenserklärung beruhenden rechtlichen Folge kann den Eintritt dieser Folge hindern. Ob er dies kann, ob der Rechtssatz eine Ausschließung für den concreten Fall zuläßt, das hängt davon ab, ob er den Character einer absoluten oder einer blos dispositiven Rechtsnorm hat. So ist eine Ausschließung unzulässig hinsichtlich des Rechtssatzes, welcher der Frau zur Sicherung ihrer Dotalforderungen und den Bevormundeten am Vermögen ihres Vormunds eine Hypothek einräumt (l. 1. §. 1. de dot. praeleg. 33. 4. l. 17. de pact. dot. 23. 4. — l. 20. C. de adm. tut. 5. 37. l. 7. §. 5. 6. C. de cur. fur. 5. 70. Nov. 22. c. 40. Nov. 118. c. 5.), während in andern Fällen des sogen. stillschweigenden Pfandrechts sowie im Fall der l. un. §. 13. C. cit. 5. 13. eine Abänderung durch Privatwillkür gestattet ist, aber dem Character des ius dispositivum entsprechend stets nur durch besondere Gegenerklärung, durch Nebenverabredung gleich beim Abschluß des Geschäfts. Dies ist eine Unterscheidung der verschiedenen Fälle der fingirten Willenserklärung, welche den Character des auf Grundlage der Fiction aufgestellten Rechtssatzes betrifft, welche aber mit der theoretischen Grundlage selbst nichts zu thun hat. Der Umstand, daß die Erklärung des Willens und damit der Wille selbst fingirt wird, hat nur die Wirkung, daß ein Gegenbeweis dahin, der Wille sei nicht erklärt worden und sei nicht vorhanden gewesen, unzulässig ist. Wenn nach Savigny (Bd. III. pg. 255.) diejenigen Fälle des als Einwilligung geltenden blosen Stillschweigens, worin in der That weder Einwilligung noch Widerspruch möglich ist, wie z. E. Adoption und Emancipation von Willensunfähigen, zur fingirten Willenserklärung gehören, so zeigt dies recht deutlich, wie es eben einer solchen theoretischen Construction für die Geltung des darauf gestützten Rechtssatzes nicht bedarf; der practisch absolut geltende Rechtssatz ist: Willensunfähige können ohne ihren Willen in Adoption gegeben werden; der Weg oder Umweg, auf dem man zu diesem Rechtssatz kommt,

ist: wer seiner Adoption nicht ausdrücklich widerspricht, gilt als einwilligend, Willenlose können nicht widersprechen, also gelten sie als einwilligend. — Verschieden hiervon sind die Fälle, in welchen man von einem praesumtus consensus, einer praesumta voluntas sprechen kann, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß ein bestimmter Wille ohne Beweis angenommen wird. Wir haben gesehn, daß dies in doppelter Weise vorkommen kann. Entweder liegt eine Willenserklärung vor, die den vom Gesetz präsumirten Willen an sich auszudrücken im Stande ist, die aber wegen ihrer Mehrdeutigkeit den Willen nicht als einen zweifellosen erscheinen läßt; infolge der Präsumtion ist die eine der mehreren Bedeutungen als bewiesen anzunehmen. Es ist das nicht wie bei der Fiction die Annahme einer Erklärung, von der man weiß, daß sie nicht stattgefunden hat, sondern die Annahme, daß eine wirklich vorhandene Erklärung einen bestimmten Sinn habe, einen bestimmten Willen ausdrücke; es wird also dieser bestimmte Wille ohne weitern Beweis angenommen, aber nicht adversus veritatem, nicht ohne alle Rücksicht darauf, ob das in der That der Wille war. Der Gegenbeweis kann hier darauf gerichtet werden, daß der Wille ein anderer war, daß die Erklärung den Sinn, den das Gesetz annimmt, nicht hat, wie wir dies früher z. E. bei der hinsichtlich der Rückgabe des Schuldscheins aufgestellten Präsumtion des Erlasses gesehn haben; ein ausdrücklicher Ausschluß, die Erklärung bei der Rückgabe des Schuldscheins, man wolle die Schuld nicht erlassen, ist nicht erforderlich. Der andere Fall war der: es liegt gar keine Erklärung vor wie z. E. bei der ademtio legati wegen Todfeindschaft, bei der sog. substitutio tacita und im Fall der l. 102. de C. et D., aber der nicht erklärte Wille wird doch als innerlich vorhanden angenommen und durch diese gesetzliche Annahme der Existenz des Willens zugleich dessen Erklärung ersetzt. Daß die Erklärung nicht abgegeben ist, weiß man auch hier, man könnte also wohl auch hier von einer fingirten Erklärung sprechen, und darin stehn jedenfalls diese Fälle und die der fingirten Willenserklärung sich gleich, daß ein Gegenbeweis, der Wille sei nicht erklärt worden, nichts hilft. Aber hier ist die Annahme des Willens das

Wesentliche; das wirkliche Vorhandensein des Willens ist doch Voraussetzung für die Anwendung des Rechtssatzes im concreten Fall und es wird nur das Vorhandensein des Willens ohne Beweis angenommen, nicht gegen die Wahrheit, nicht ohne alle Rücksicht auf Wahr oder Unwahr angenommen, nicht fingirt. Daher muß hier Gegenbeweis immer zulässig sein, da derartige Rechtssätze dem ius cogens nicht angehören können, und zwar nicht nur Gegenbeweis in dem weitern Sinn, durch den Beweis ausdrücklicher Protestation oder besondrer Ausschließung der rechtlichen Folge, sondern schon durch den Nachweis, daß der angenommene Wille in Wahrheit nicht vorhanden war, ein Nachweis, der auf andre Weise geliefert werden kann als durch den Beweis der selbständigen Thatsache eines besondern Ausschlusses dieser Folge.

Die Unterscheidung in consensus fictus und praesumtus ist demnach wegen des verschieden gearteten Gegenbeweises nicht unfruchtbar, wie Savigny meint. Auf diesen Gegenbeweis werden wir im folgenden Capitel zurückkommen, welches sich mit den Wirkungen der Präsumtionen speciell zu beschäftigen hat.

## Viertes Capitel.

## Wirkung der Präsumtionen.

### 1. Im Allgemeinen.

### §. 31.

Es versteht sich, daß wir hier nur von den Präsumtionen reden, die wir als eigenartige bezeichnet haben, also vor allen Dingen nicht von den sogenannten praesumtiones hominis. Denn von diesen vermag man nur zu sagen, daß sie eine Wirkung haben können, ohne daß man im Stande wäre, diese Wirkung in feste Regeln zu fassen. Wir haben es hier nicht zu thun mit der Präsumtion als Beweiswirkung, sondern mit dem Beweis als Präsumtionswirkung.

Auch von den Rechtssätzen, welche einer legislatorischen Vermuthung ihren Ursprung verdanken, ist hier nicht zu handeln. Wenn eine rechtliche Bestimmung einmal erlassen ist, so ist der

Weg, auf welchem sie zur Entstehung gekommen, der Grund, welcher den Gesetzgeber zu ihrer Aufstellung bewogen hat, gleichgiltig.

In den Fällen, wo infolge allgemeiner Beweisregeln, infolge des römischen Beweissystems, der Beweis gewisser streng genommen zur Klagbegründung gehöriger Thatsachen nicht vom Kläger erbracht zu werden braucht, sondern dem Beklagten überlassen bleibt, das Gegentheil dieser Thatsachen als verneinende oder vernichtende Einreden vorzuschützen und zu beweisen, und von welchen ich gesagt habe, daß man, wenn man hier von Präsumtionen sprechen wolle, sie wohl Beweislastpräsumtionen nennen könne, ist die Wirkung eben keine besondere. Der Beklagte hat den Beweis zu übernehmen, dieser Beweis ist aber ein ganz selbständiger Hauptbeweis, und es ist nicht eine Präsumtion als Rechtssatz, die bewirkt, daß Beklagter diesen Beweis zu führen hat, sondern man kann nur die Wirkung, daß Kläger gewisse Thatsachen nicht zu beweisen braucht, als Präsumtion bezeichnen, weil man hinsichtlich dieser Thatsachen sagen kann, daß sie ohne Beweis angenommen werden.

Da, wo eine von mir sogenannte Rechtsinhaltspräsumtion vorliegt, gilt im Grunde dasselbe. Jemand, der sich auf etwas stützt, was aus dem Begriff, dem Wesen, dem Inhalt eines Rechts oder Rechtsgeschäfts von selbst folgt, und wovon das Gegentheil zwar denkbar und möglich, aber doch immer nur durch eine neue selbständige Thatsache herbeizuführen ist, ist natürlich vom Beweise dieser selbstverständlichen rechtlichen Folgerung frei und insofern wird dies präsumirt d. h. wieder, es wird ohne Beweis angenommen, weil es aus dem Wesen des Rechtsbegriffs folgt und deßhalb von einem Beweise nicht die Rede sein kann, es wird aber nicht etwa eine Thatsache, die an sich des Beweises bedürfte, infolge einer Präsumtion als eines besondern Rechtssatzes, ohne Beweis angenommen. Der Beweis des Gegentheils liegt auch hier demjenigen, der das Gegentheil infolge einer selbständigen Thatsache als eingetreten behauptet, nach allgemeinen Grundsätzen als der Beweis einer Einrede, als ein Hauptbeweis ob.

Wir haben es also in diesen Fällen überall nicht mit den Wirkungen einer Präsumtion als eines eigenthümlichen Rechtssatzes zu thun, sondern mit Wirkungen andrer Grundsätze, die man nur, weil sie

sich wohl unter den weitern Begriff des Annehmens ohne Beweis bringen lassen, in einem vulgären Sinn Präsumtionen nennen kann.

Nur die civilistischen Präsumtionen i. e. S., also diejenigen Rechtssätze, welche vorschreiben, daß ein bestimmter Umstand ohne den nach den gewöhnlichen Beweisregeln erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen werden soll, sind es, die uns hier beschäftigen. Und da müssen wir zunächst, wie schon öfter, mit einer Negative beginnen. Der Satz, welcher sich bei den mittelalterlichen Schriftstellern von der Glosse an häufig findet: praesumtio durius onerat actorem probatione, d. h. derjenige, der nach den gewöhnlichen Beweisregeln der Beweispflichtige ist, hat einen schwereren Stand dadurch, daß eine Präsumtion gegen ihn streitet, kann in dieser allgemeinen Fassung auf die Präsumtionen als Rechtssätze keine Anwendung leiden, wenigstens ist das Wahre, was an dem Satz ist, mit dieser Fassung nicht genau ausgedrückt und von den Meisten, welche diesen Satz aufstellten und nachsprachen, auch nicht erkannt worden. Welche Bewandtniß es damit nach der Anschauung der meisten mittelalterlichen Schriftsteller hat, ist bereits früher bei Gelegenheit der Besprechung der l. ult. pr. quod met. c. und l. 25. pr. h. t. erörtert worden, und es wird die Bedeutungslosigkeit dieses Satzes in diesem Sinn bestätigt durch das cap. 10. X. h. t. 2. 23., welches man häufig als Beleg für denselben angeführt findet:

> Quia verisimile non est; quod H. Presbyter personatum Ecclesiae R. Capellano concesserit et ab eo eiusdem Ecclesiae acceperit vicariam, provideas ne super hoc probationem recipias, nisi communis loci fama id habeat, vel tales personae appareant, de quibus verisimile non sit, quod debeant deierare. Quoniam saepe contingit, quod testes facile corrupti inducantur ad falsum testimonium proferendum.

Daß diese Wirkung des duriore probatione afficere als eine allgemein giltige bei den technischen Präsumtionen nicht vorkommt, dürfte schon an einigen Beispielen klar werden, bei denen man am ehesten geneigt sein könnte, eine solche Wirkung anzunehmen. Bei der im Bezug auf Commorienten geltenden Präsumtion, daß der impubes vor, der pubes nach den Eltern gestorben

sei, kommt alles darauf an, ob von dem frühern oder spätern Tode des einen oder des andern, sei es durch Gesetz, sei es durch Privatdispositon, eine rechtliche Folge abhängig gemacht ist. Denken wir, daß der Anspruch des Klägers bedingt ist durch den frühern Tod des pubes. Er muß diesen Umstand nach den gewöhnlichen Beweisgrundsätzen beweisen, nicht deßhalb, weil die Präsumtion für den Beklagten spricht. Wird er aber dadurch, daß die Präsumtion gegen ihn streitet, in seiner Beweisführung gehindert oder beeinträchtigt? Muß er etwa, wie dies früher zuweilen behauptet worden ist, eine größere Anzahl Zeugen beibringen, die über den frühern Tod des pubes aussagen? Gewiß nicht! Nur in einer Beziehung ist der Beweisführer beschränkt und nur insofern kann man von einem duriore probatione affici sprechen: er darf über die zu Begründung seines Anspruchs gehörigen Thatsachen, deren Gegentheil rechtlich präsumirt wird, nicht den Eid deferiren. Der spätere Tod des pubes steht kraft rechtlicher Vorschrift fest bis zum Beweis des Gegentheils; alle Rechtsverhältnisse, die von diesem spätern Tod des pubes abhängen, sind für den Beklagten, wenigstens vorläufig, concret begründet wie wenn er den späteren Tod bewiesen hätte; er braucht weder durch eigenen Eid zu bekräftigen, was das Gesetz annimmt, noch sich gefallen zu lassen, daß die gesetzliche Annahme durch die Willkür des Klägers entkräftet werde; sowenig als gegen den als Kläger Auftretenden und auf die Präsumtion des späteren Todes sich Stützenden von Seiten des Beklagten der Gegenbeweis des früheren Todes durch Eidesantrag geführt werden kann, sowenig kann, wenn die Rollen getauscht sind, der Kläger sich zur Führung des Hauptbeweises des Eidesantrags bedienen. — Gleiches gilt, um dies eine Bespiel noch anzuführen, bei der Präsumtion des septimo mense natus. Ich klage gegen meinen angeblichen Bruder auf Anerkennung meines Alleinerbrechts und Herausgabe der von ihm innegehaltnen Hälfte der Erbschaft, weil derselbe nicht Sohn meines Vaters sei. Mein Beweis kann zunächst darauf gerichtet sein, daß Beklagter nicht in der Ehe geboren ist. Wenn ich aber zugeben muß, daß er septimo mense nach Eingehung der Ehe geboren ist, wie soll ich dann beweisen? Nicht anders, als wie der Gegenbeweis gegen

eine Präsumtion überhaupt eingerichtet sein muß, nur daß in diesem Fall gerade der Gegenbeweis allerdings eigenthümlich geartet ist.

Das duriore probatione affici hängt also lediglich damit zusammen, daß derjenige, welcher die Präsumtion für sich hat, den präsumirten Umstand nicht zu beweisen braucht, sondern der Gegner zur Beweisführung genöthigt ist, wenn er dem Kläger nicht in Gemäßheit des Petitums verurtheilt sein will. Der Ausspruch der Glosse praesumtio non semper transfert onus probandi, sed durius adstringit probatione erscheint daher als falsch, wenn man ihn nicht so auffassen will: Kläger ist an sich schon beweispflichtig, daher überträgt die für den Gegner streitende praesumtio nicht das onus probandi, aber sie adstringit duriore probatione insofern, als der Hauptbeweis hinsichtlich des präsumirten Umstandes den Charater des Gegenbeweises annimmt und daher nach dessen Grundsätzen beurtheilt werden muß. Wenn also auch der Beweis des Klägers, dessen Gegenstand das Gegentheil einer rechtlichen Präsumtion ist, formell als Hauptbeweis erscheint, so ist er doch in Bezug auf den präsumirten Umstand in der That Gegenbeweis.

Abgesehen von dieser, sonst kaum noch erwähnten Wirkung [1]), herrscht im Bezug auf die civilistischen Präsumtionen i. e. S., seit man überhaupt dieser Lehre eine Beachtung geschenkt hat, Streit darüber, ob dieselben von der Beweislast befreien und sie auf den Gegner übertragen, oder ob sie beweisen, ob sie Beweismittel, Beweisgrund oder Beweissurrogat sind.

Wenn wir auch von den älteren Schriftstellern diejenigen unberücksichtigt lassen, welche die Präsumtionen nach den Wirkungen eintheilen in temerariae, probabiles, vehementes, necessariae, und diesen Arten dann die Wirkung beilegen, von der sie erst den Namen empfangen haben, so gehen die von den übrigen aufgestellten Ansichten immer noch weit genug auseinander. Nach den Einen (z. E. Azo, Glossa Accurs., Durantis) wird durch die Präsumtion eine Ausnahme von der Regel affirmanti incumbit probatio begründet, die Präsumtion soll vom Beweis befreien und die Beweislast auf den Gegner übertragen. Einige (z. E. Duarenus)

---

[1]) Cfr. jedoch Wetzell §. 16. bei N. 9. ff.

sprechen bestimmt aus, daß die Präsumtion nicht propria probatio, sondern eben nur relevatio ab onere probandi und translatio desselben sei, daß sie nicht zum Beweis genüge, daß aber wegen der Präsumtion kein anderer Beweis gefordert werde, während dies von Andern (z. E. Mascardus, Pacianus, Alciatus) wieder beschränkt wird durch die Ausnahme, daß sie dann wahrer Beweis sei, wenn ein wahrer Beweis nicht geführt werden könne, wie z. E. beim Beweis der filiatio. Nach Andern (z. E. Paulus de Castro, Salicetus) macht die Präsumtion eine plena et evidens probatio und genügt zur Condemnation, jedoch wird auch hier die Beschränkung zugefügt, daß dieselbe diese Wirkung nicht habe, quando de praeiudicio tertii agitur. Gelegenheit, diese für wichtig gehaltene Frage, ob die Präsumtion eine wahre und volle probatio sei, zu erörtern bietet die l. 85. de C. et D. 35. 1.:

> Lucius Titius ita testamentum fecit: Aurelius Claudius natus ex illa muliere, si filium meum se esse iudici probaverit, heres mihi esto. Paulus respondit: filium de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate eius esset, ideo testamentum nullius esse momenti,

aus welcher Stelle nach Einigen hervorgehn soll, daß die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant doch nicht vollen Beweis mache, während nach Andern die Entscheidung nur deßhalb so getroffen ist, weil aus dem besondern Zufügen dieser Bedingung hervorgehe, daß der Testator mit dieser Präsumtion nicht zufrieden gewesen und daß daher die Bedingung nicht eine reine Potestativbedingung sei und als der Erbeinsetzung eines doch in der quasi possessio filiatonis Befindlichen zugefügt das Testament nichtig machen müsse[2]). Doch finden sich auch Solche, (z. E. Hippolytus de Marsiliis, Menochus) die beides zusammen, nämlich daß die Präsumtion die Beweislast übertrage und daß sie beweise, als Wirkung derselben angeben, sowie Solche, nach deren Ansicht nicht viel darauf ankommt, ob man das Eine oder das Andere sagt: so meint Ummius (Disput. ad proc. iud. dir. Disp. 15. Nr. XI), die

[2]) Cfr. z. E. Alciat l. c. Pars tertia N. 4.

Präsumtion habe vim et effectum probationis und befreie vom Beweis; die Frage ob die Präsumtion eine vera probationis species sei, müsse streng genommen mit Pacianus und Mascardus verneint werden, indem sie nur vorläufig zeige, daß der betreffende Umstand wahr sei, aber nicht direct, wie der eigentliche Beweis; doch komme nicht viel darauf an, es genüge, wenn nur feststehe, daß die Präsumtion vim probandi habe und daß derjenige, für den eine Präsumtion spreche, genügend dadurch beweise. Nach Böhmer befreit die praesumtio iuris qualificata vom Beweis und ist probationis instar. — Zu diesen widersprechenden und zum Theil verwirrten Ansichten hat wohl hauptsächlich der Umstand mit beigetragen, daß man sich über den Begriff der Präsumtion als Rechtssatz und über die Bedeutung des angeblichen Gegensatzes, ob translatio oneris probandi oder ob probatio, nicht klar geworden ist.

Die neueren Schriftsteller gehen im Allgemeinen davon aus, daß durch die wahre praesumtio iuris juristische Gewißheit begründet werde, in ihrer Auffassung macht sich aber ein anderer Unterschied geltend, indem Manche gegen die Ansicht, durch die Präsumtion werde der Beweispflichtige von der Beweislast befreit, auftreten und die Behauptung aufstellen, die Präsumtion erleichtere nur die Beweislast.

Meines Erachtens besteht zwischen diesen angeblich verschiedenen Wirkungen kein Unterschied. Der Streit, ob die Präsumtion die Beweislast übertrage oder ob sie beweise, ob der Vermuthungshaber vom Beweis befreit oder ob ihm der Beweis nur erleichtert sei, wird sich bei näherer Prüfung als ein ziemlich unnützer herausstellen. Es ist die eine Frage, ob durch die Präsumtion eine Befreiung von der Beweislast oder Erleichterung derselben begründet werde, schon oben bei Gelegenheit der Besprechung des angeblichen Unterschieds zwischen den ächten Präsumtionen und den Interimswahrheiten erörtert worden. Hier haben wir in einem näheren Zusammenhang auf dieselbe einzugehen.

Am schärfsten betont Endemann den Unterschied, den schon die älteren Schriftsteller, obgleich nicht mit dem Bewußtsein der Consequenzen, hervorgehoben haben. Nach ihm giebt es nur Beweislastvermuthungen, keine Beweisvermuthungen. So sei es bei den Römern gewesen und so müsse es auch heutzutage sein;

Präsumtionen, infolge deren durch den Beweis einer Thatsache eine andere als bewiesen angenommen werde, gebe es überhaupt nicht, sondern nur solche, welche die Beweislast übertragen, nur daß diese heutzutage bei unserer gesetzlichen Beweistheorie einen andern Sinn hätten, als bei den Römern, bei welchen die Beweishandlungen neben einander hergegangen seien und der Beweispflichtige nur formell den Anfang zu machen gehabt habe. Ich habe schon oben (§. 10.) bei der Erörterung und Critik der Endemann'schen Lehre mich gegen diese Auffassung erklärt und daselbst auch bemerkt, daß Endemann bei seiner Darstellung des römischen Rechts nur das ältere Recht berücksichtigt und manches als Werk der mittelalterlichen Lehre hinstellt, was schon im spätern römischen Recht unzweifelhaft gegolten hat, wie dies z. E. in Bezug auf den Satz ,actore non probante reus absolvitur' der Fall ist. Es ist wahr, daß der iudex ex animi sui sententia, wenn auch nicht willkürlich, die Beweisfrage entschied und daß das ältere römische Recht eine solche Trennung der Parteirollen im Beweisverfahren, eine solche successive Folge der Beweishandlungen, wie wir sie heutzutage haben, nicht kannte. Wenn aber nun ein Rechtssatz einen bestimmten Umstand ohne weiteres als wahr annahm, konnte der Richter diesen Rechtssatz unberücksichtigt lassen? Ist im römischen Recht „die Beweislast nur ein Ansporn zur vorzugsweisen Thätigkeit im Herbeischaffen des Materials" gewesen ohne alle weitere Wirkung? Wenn sich nun Beklagter auf einfaches Leugnen beschränkte und seinerseits kein Material zum Beweis der Unrichtigkeit der klägerischen Behauptung beibrachte, wurde da nicht Kläger, wenn er die Ueberzeugung des Richters nicht begründete, ebenso abgewiesen, wie im spätern römischen Recht, wo die Folge des Nichtbeweisens, actore non probante reus absolvitur, bestimmt ausgesprochen ist? Hat also die Präsumtion, welche den Kläger von der Beweislast befreit, nicht auch die Wirkung, daß, wenn Beklagter kein Gegenbeweismaterial beibringt, es so angesehen wird, als habe Kläger bewiesen? Der Umstand, daß der Gegenbeweis des Beklagten nicht an dem Maßstab der legalen Beweistheorie gemessen wurde, ändert doch daran nichts, daß, falls Beklagter als der durch die Präsumtion beweispflichtig Gewordene die Ueberzeugung

des Richters zu erbringen nicht im Stande ist, der Kläger siegt! Nehmen wir an, daß die Präsumtion der l. 3. C. de ap. publ. oder die Präsumtion des Todes eines Verschollenen schon im frühern römischen Recht bestanden habe, was würden ihre Wirkungen gewesen sein? Eine öffentliche Kasse klagt gegen mich auf Zahlung einer vor 4 Jahren fällig gewordenen terminlichen Leistung, ich behaupte gezahlt zu haben und begründe diese Behauptung dadurch, daß ich sage: „es besteht der Rechtssatz, daß wenn Jemand die Quittungen über die Zahlung der letzten drei Termine in Händen hat, auch die Tilgung der früher fällig gewordenen angenommen wird, und ich habe diese Quittungen in den Händen". Es geht danach die Beweislast auf die Klägerin über, daß ich nicht bezahlt habe; beweist sie dies nicht, so ist die Wirkung des onus probandi transferre dieselbe, als hätte ich die Zahlung bewiesen: ich werde entbunden. Oder ich mache einen Erbanspruch geltend, dessen Grundlage der Tod des Erblassers ist; ich führe die thatsächlichen Voraussetzungen an, an welche der Rechtssatz die Präsumtion des Todes eines Verschollenen knüpft; der Beklagte muß infolge davon seinerseits mit dem Beweis vorgehen, daß der angebliche Erblasser nicht todt sei; will oder kann er diesen Beweis nicht führen, so ist doch die Folge, daß ich mit meiner Klage durchdringe, gleich als hätte ich den Tod bewiesen. Oder ich klage als Erbe meines Vaters gegen einen pro herede possidens, der mir die Sohnesqualität bestreitet; ich habe in der Klage das Fundament der hereditatis petitio anzuführen und folglich an sich auch zu beweisen, nämlich daß ich ehelicher Sohn und als solcher nächster Erbe bin; ich beweise, daß ich in der Ehe geboren bin und schiebe dadurch infolge der Präsumtion pater est, quem nuptiae demonstrant, dem Beklagten den Beweis zu, daß ich nicht ehelicher Sohn sei; beweist er nicht, so wird er verurtheilt. — Man wird in allen diesen Fällen der Präsumtion nicht die Beweiswirkung absprechen können, wenn man auch diese Folge nur als eine secundäre gegenüber der Wirkung des onus probandi transferre ansieht. Aber nicht einmal Das giebt Endemann zu: er sieht die ganze Wirkung der Präsumtion nur darin, daß sie bestimme, wer als Probant vorzugehen, wer

die Initiative der Beweisführung hat. Daran wird aber gerade nichts geändert durch die Präsumtion. Behalten wir die oben angeführten Beispiele bei, so muß der Kläger mit dem Beweis vorgehen, daß er in der Ehe geboren und daß der Erblasser verschollen sei und ein gewisses Alter erreicht habe, resp. der die Einrede der Zahlung vorschützende Beklagte, daß er die Quittungen über die drei letzten Terminszahlungen in den Händen habe.

Es ergiebt sich wohl schon aus dem Angeführten, daß in der That ein Unterschied zwischen diesen angeblich verschiedenen Wirkungen nicht besteht, daß es gleichgiltig ist, ob man sagt: praesumtio transfert onus probandi oder praesumtio probat. Das Gesetz nimmt einen Umstand, der nach den gewöhnlichen Beweisregeln des Beweises bedürfte, ohne Beweis an und der Richter ist natürlich an diese positive Bestimmung gebunden. Die Folge dieser gesetzlichen Vorschrift ist, daß der betreffende Umstand vom Kläger nicht bewiesen zu werden braucht, oder, was dasselbe ist, daß er als bewiesen gilt, und damit hängt zusammen, daß die Beweislast auf den Beklagten übergeht, d. h. daß, wenn er sich dabei nicht beruhigen will, er den Beweis des Gegentheils des präsumirten Umstands führen muß; es liegt ihm also in diesem Sinn nicht ein onus probandi ob, sondern er hat ein ius probandi contrarium, nur daß der Begriff der Beweislast sich insofern geltend macht, als Kläger siegt, wenn der Versuch des Beklagten, das Gegentheil zu beweisen, mißlingt.

Wenn die Behauptung, daß diese angeblich verschiedenen Wirkungen in der That nicht verschieden sind, der Bestätigung bedarf, so mag darauf hingewiesen werden, daß in den Quellen selbst der Präsumtion bald die Wirkung, vom Beweis zu befreien und die Beweislast auf den Gegner zu übertragen, bald die Wirkung, zu beweisen, zugeschrieben wird, ohne daß zwischen diesen Fällen irgend ein Unterschied gemacht würde.

So bestimmt der Kaiser in l. 3. C. de apoch. publ.: — si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, superiorum temporum apochas non cogatur ostendere neque de praeterito ad illationem functionis tributariae coarctetur, nisi etc.

Der Beklagte ist frei vom Beweise der Zahlung und darum braucht er nicht zu zahlen, gleich als hätte er die Zahlung bewiesen, wenn nicht dargethan wird, daß er dennoch schuldet.

l. 24. §. 8. de fideic. lib.: — cum ex praesumtione libertas praestita esse videtur, heredis est, contrariam voluntatem testatoris probare (cfr. oben §. 14.)

Es wird ein bestimmter Wille präsumirt, darum muß der Gegner den Beweis des Gegentheils führen.

l. 33. §. 2. de leg. III. — quod praesumtum esse debet, nisi contrarium ab heredibus probetur.

Es wird präsumirt, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird, d. h. es wird präsumirt und gilt deshalb als bewiesen, wenn nicht dieser Beweis wieder aufgehoben wird durch Gegenbeweis.

l. 1. C. quor. bonor. 8. 2. — — Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

Der hier verlangte Beweis, daß der Kläger der Sohn des Verstorbenen sei, wird durch die Präsumtion geführt. (Menoch. I. 37.). Ganz ähnlich ist die

l. 14. §. ult. de lib. et post. 28. 2. Si quis ita scripserit: ille quem scio ex me natum non esse, exheres esto, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus.

Der Beweis der Vaterschaft kann aber nicht anders erbracht werden als durch die Präsumtion.

l. 14. C. de solut. 8. 43. Pecuniae solutae professio collata instrumento maiorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum.

Der Grund der irrigen Ansicht, daß diese Wirkungen verschiedenartige seien und der Streit darüber, welche dieser Wirkungen der Präsumtion zukomme, liegt aber — und nur bei dieser Auffassung hat der Streit überhaupt einen Sinn — darin,

daß, wenn man sagte, die Vermuthung befreie von der Beweislast und übertrage dieselbe auf den Gegner, man dies so auffaßte, als ob jetzt Beklagter principaliter beweispflichtig sei, als ob der Kläger, für den die Präsumtion spricht, jetzt gar nichts zu beweisen habe und Beklagter nun vollkommen die Rolle des Hauptbeweisführers übernehmen müsse. In diesem Sinn wäre es aber entschieden falsch, die Wirkung der Präsumtion in einer relevatio ab onere probandi oder translatio oneris probandi finden zu wollen. Es hat sich daher in der neuern Zeit gegen diesen Ausdruck lebhafte Opposition erhoben [3]), indem man sagt, „die Rechtsvermuthungen befreien die beweispflichtige Partei nicht von der Beweislast, sondern sie erleichtern ihr nur dieselbe, indem statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere bewiesen werden kann, mit deren Beweis dann auch jene als bewiesen gilt, während an sich dieser künstliche Beweis nicht ausreichend wäre; die Vermuthung bewirkt also keine Veränderung in der Vertheilung der Beweislast, sondern sie verändert nur das Beweisthema in der angegebenen Weise". Diese Fassung ist gewiß richtiger und verleitet weniger leicht zu irrigen Ansichten über die Stellung des Beklagten beim Beweis gegen die Präsumtion. Aber auch der Ausdruck, „die Vermuthung befreit von der Beweislast und überträgt dieselbe auf den Gegner" ist nicht falsch, wenn man ihn nur richtig versteht. Wir haben früher gesehen, daß die Frage: wer muß beweisen und die Antwort: actori incumbit probatio mit ihrer Erweiterung durch den Satz: reus excipiendo fit actor, nur eine formelle ist, daß als die eigentlich wichtige die Frage: was muß bewiesen werden, anzusehen ist, daß also die subjective Beweislast gegen die objective in den Hintergrund tritt. Man kann daher wohl sagen, Kläger sei von der Beweislast frei, wenn man darunter nur versteht, daß er frei ist von dem Beweis der eigentlich zu beweisenden Thatsache, weil infolge der Präsumtion diese Thatsache als bewiesen angenommen wird. Diese Freiheit vom Beweis einer Thatsache, die nach den gewöhnlichen Beweisgrundsätzen bewiesen werden müßte, ist doch in gleicher Weise das

[3]) Borst a. a. O. §. 30 ff. Reinhold a. a. O. §. 23.

Resultat der Präsumtion, mag man ihr die Wirkung zuschreiben, vom Beweis zu befreien oder den Beweis zu erleichtern oder endlich zu beweisen. „An Stelle der eigentlich zu beweisenden Thatsache wird eine andere bewiesen, womit dann der Beweis jener als erbracht gilt" sagt nichts andres als „die Voraussetzung des Rechtssatzes muß bewiesen werden, dann äußert er seine Wirkung, daß Kläger vom Beweis der präsumirten Thatsache frei ist", und ebenso kann die Behauptung, Kläger sei von der Beweislast frei, doch auch nur verstanden werden unter der Voraussetzung, daß die Prämisse der Präsumtion bewiesen ist, und dann ist durch den Rechtssatz jene Thatsache als bewiesen anzunehmen. Ich glaube daher, daß die Wirkung der Präsumtion richtig bezeichnet ist in unserer Definition, wonach infolge des Rechtssatzes ein bestimmter Umstand ohne den sonst erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen wird.

Hieran schließt sich die weitere Controverse, ob die Präsumtion Beweismittel, Beweisgrund oder Beweissurrogat sei. Als Beweismittel kann man sie auffassen, wenn man unter Beweis die Thätigkeit der Partei, die Beweisführung, versteht: man beweist durch die Präsumtion, wie man durch eine nothwendige Schlußfolgerung beweist, indem man die thatsächliche Voraussetzung anführt. Geht man davon aus, daß die Vorschrift des Gesetzes, einen bestimmten Umstand anzunehmen, ein Grund für die Ueberzeugung des Richters ist, so ist Präsumtion Beweisgrund. Am passendsten dürfte es aber sein, sie als Beweissurrogat aufzufassen, obgleich auch hier ein materieller Unterschied durch die verschiedene Auffassung nicht begründet wird. Die Präsumtion ersetzt den Beweis einer eigentlich zu beweisenden Thatsache und tritt an die Stelle desselben; es ist durch die Präsumtion diese Thatsache bewiesen, darum braucht Kläger dieselbe nicht zu beweisen, ist also frei vom Beweis derselben.

Der ganze Streit über die Wirkung der Präsumtionen reducirt sich auf die Frage über die Natur und die Beschaffenheit des dagegen zu führenden Beweises. Daß Kläger die präsumirte Thatsache selbst nicht zu beweisen braucht, steht fest; ebensowenig kann (wenn nicht der Gegenbeweis besonders ausgeschlossen ist —

siehe später §. 36. die praesumtiones iuris et de iure) bestritten werden, daß der Beklagte Gegenbeweis führen kann, wie dies ja auch oft genug in den Quellen ausgesprochen ist (nisi contrarium probetur etc.). Es entsteht aber nun die Frage, ob dieser dem Beklagten gestattete Beweis ein sogenannter Hauptbeweis oder ein Gegenbeweis ist. Diese Frage über den gegen die Präsumtion zu führenden Beweis ist es, die noch einer Erörterung bedarf.

## 2. Vom Gegenbeweis insbesondere.

### §. 32.

Nach dem bisher Ausgeführten kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß es falsch ist, zu sagen, durch die Präsumtion werde die ganze Stellung der Parteien verändert, so daß etwa der Kläger, für den die Präsumtion spricht, als Beklagter zu betrachten sei, sein Gegner aber, der nach den gewöhnlichen Beweisgrundsätzen den Angriff des Klägers abwarten und sich dagegen lediglich defensiv verhalten kann, nun die Offensive ergreifen müsse und als Kläger erscheine, was z. E. die Folge haben würde, daß von ihm nun eine cautio pro expensis verlangt werden könnte. Eine solche Wirkung konnte nur jene falsche Präsumtionstheorie, nach welcher die ganze Beweislast durch Vermuthungen bestimmt werden sollte, den Präsumtionen beilegen; nach ihr führte eben die Präsumtion nicht eine Veränderung der Beweislast herbei, sondern es wurde dieselbe dadurch principaliter bestimmt.

Hier läßt sich zunächst die Frage aufwerfen, ob die in l. 80. de R. V. 6. 1. und in Nov. 18. cp. 10. enthaltenen Fälle der Strafen des böslichen Leugnens zu den Präsumtionen gehören. Nach Manchen [1]) sind die Fälle von den gesetzlichen Vermuthungen verschieden, nach Andern [2]) nicht. Da die Veranlassung nicht wesentlich ist für den Character eines Rechtssatzes als Präsumtion, so stände der Umstand, daß sie ihren Ursprung dem Bestreben, das bösliche Leugnen abzuschneiden, verdanken, dieser letztern Auffassung an

[1]) Cfr. Weiske Rechtslex. Bd. II. pg. 127. ff. (am Schluß des Aufsatzes).

[2]) Cfr. z. E. Borst a. a. O. §. 32.

sich nicht entgegen; auch könnte man ja diese Bestimmungen darauf zurückführen, daß aus dem Leugnen des einen Umstands die Wahrscheinlichkeit entspringe, auch der übrige Theil des Beweissatzes sei wahrheitswidrig geleugnet worden. Aber es wird in diesen Fällen gar nicht, wie bei der eigentlichen Präsumtion, ein Umstand als bewiesen angenommen, etwa daß Kläger Eigenthümer sei, sondern es findet hier eine vollständige Vertauschung der Rollen statt: der Kläger ist durch den ihm übertragenen Besitz befriedigt und dem Beklagten steht nur offen, jetzt klagend gegen jenen aufzutreten, wobei er natürlich beweisen muß. Dieser Beweis ist aber unzweifelhaft ein Hauptbeweis, der frühere Beklagte erscheint jetzt in allen Beziehungen als Kläger. Er macht sein Eigenthum oder Pfandrecht geltend und muß zu dessen Begründung alle dazu erforderlichen Thatsachen anführen und beweisen; diese Thatsachen sind im ersten Proceß noch gar nicht in Frage gewesen, es ist nicht etwa das Gegentheil derselben durch gesetzliche Bestimmung angenommen, so daß der darauf gerichtete Beweis ein directer Gegenbeweis wäre; es liegt auch nicht res iudicata dafür vor, daß der Gegner des Leugnenden Eigenthümer sei, sondern es ist ein vollständig neuer, vom ersten ganz unabhängiger Proceß; die zur Begründung des Rechts gehörigen Thatsachen können durch alle möglichen Beweismittel auch durch Eidesantrag dargethan werden. Man kann hier nicht, wie wir das in Bezug auf die eigentlichen Präsumtionen sagen müssen, dem des Eidesantrags sich Bedienenden entgegenhalten, die Befreiung des ersten Klägers dürfe nicht noch einmal in Frage gestellt werden durch Zuschiebung des Eides und es habe der, für den die Präsumtion spreche, seine Verpflichtung zu beweisen schon erfüllt eben wegen der Präsumtion. Der einzige Vortheil des ersten Klägers besteht hier darin, daß er nach seiner Wahl den Eid annehmen oder zurückschieben kann. Diese Fälle können daher nicht zu den eigentlichen Präsumtionen gezählt werden. — Wie steht es aber mit den beiden in l. 25. h. t. aufgestellten, eine Ausnahme von den Beweislastregeln enthaltenden Fällen? Der eine ist gleichfalls eine Strafe des Leugnens, und ich glaube, daß hier das Gleiche gilt wie dort. Wenn der mit der condictio indebiti Auftretende gegenüber dem den

Empfang leugnenden Beklagten die Hinzahlung bewiesen hat, compellendus (d. h. der leugnende Beklagte) est ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam acceperit, der Kläger bekommt jetzt die Beklagtenrolle, der leugnende und überführte Beklagte muß das Gezahlte herausgeben, wie in jenen Fällen der Besitz auf den Kläger übertragen wird; er muß jetzt als Kläger auftreten und den Beweis übernehmen; es wird nicht präsumirt, das Gezahlte sei ein indebitum gewesen, sondern die Rollen werden geradezu vertauscht; der Empfänger ist nicht mehr beatus possidens, sondern muß als Kläger beweisen, daß der Zahlende in der That sein Schuldner war. Dieser Beweis ist ein Hauptbeweis und durch die gewöhnlichen Beweismittel zu führen. Als Grund dieser Bestimmung wird angegeben: etenim absurdum est, eum qui ab initio n e g a v i t p e c u n i a m s u s c e p i s s e, postquam fuerit convictus eam accepisse, p r o b a t i o n e m n o n d e b i t i a b a d v e r s a r i o e x i g e r e, wenn man geleugnet hat, empfangen zu haben, kann man nicht vom Gegner den Beweis verlangen, daß man eine Nichtschuld empfangen habe. — Formell anders liegt die Sache in dem andern Fall, wo gewisse Personen in der Weise begünstigt sind, daß sie wegen ihrer persönlichen Eigenschaft nur den Beweis der Zahlung, nicht auch den des indebitum von vornherein zu erbringen brauchen, wenn auch hinsichtlich der Hauptfrage nach dem Gegenbeweis ein Unterschied zwischen diesem Fall und den andern nicht besteht. Wenn ein Pupill vel alias simplicitate gaudens eine Zahlung gemacht hat, so wird mit dem Beweis dieses Umstandes auch der andere eigentlich zur Begründung der Klage gehörige und darum zu beweisende Umstand, daß indebite und irrthümlich gezahlt worden, als bewiesen angenommen und Beklagter muß pecunias redhibere, si non ostenderit, debitas ei fuisse solutas. Der Grund ist wohl, weil solche Menschen eher als andere so resupini sind, ut facile suas pecunias iactent et indebitas effundant. Das ist aber nur das Motiv, nicht der Inhalt dieses Rechtssatzes, denn sonst würde schon der Beweis, die betreffende Person sei in der That sehr sorgfältig und genau in Geldangelegenheiten, die Anwendung desselben im concreten

Fall ausschließen können. Die Bestimmung geht vielmehr dahin: es wird angenommen, daß solche Personen irrthümlich ein indebitum gezahlt haben und daher braucht von ihnen nur die Zahlung, nicht auch Irrthum und Nichtschuld bewiesen zu werden. Der eigentlich Beweispflichtige bleibt aber doch hier immer der mit der condictio indebiti Auftretende, die Parteirollen werden nicht vertauscht, er beweist die Zahlung und seine Eigenschaft als Pupill u. s. w. und mit diesem Beweis nimmt das Gesetz, wie z. E. mit dem Beweis der Geburt während der Ehe die Ehelichkeit des Gebornen, die sonstigen zur Begründung der Klage gehörigen Thatsachen als bewiesen an, so daß man in diesem Fall mit Recht von einer Präsumtion sprechen kann. Hiergegen ist an sich, wie wir gleich im Folgenden sehen werden, nur der directe Gegenbeweis zulässig, daß das vom Gesetz Angenommene im concreten Fall nicht wahr sei, und daher nach allgemeinen Grundsätzen bei der Führung dieses directen Gegenbeweises der Eidesantrag unstatthaft. Und doch wird in l. 25. §. 3. der Eidesantrag als Gegenbeweismittel ausdrücklich zugelassen. Verliert dadurch dieser Rechtssatz den Character als Präsumtion? Ich glaube nicht. Der Beweis des Bestehens des Schuldverhältnisses wird geführt durch den Beweis seiner Entstehung. Dazu gehören selbständige Thatsachen und der Beweis dieser Thatsachen ist ja nicht ein eigentlicher directer Gegenbeweis gegen die gesetzliche Annahme, das Gezahlte sei ein indebitum, es ist daher auch nach allgemeinen Grundsätzen der Eidesantrag hierüber statthaft. Und insofern besteht zwischen jenen Strafen des böslichen Leugnens und dieser Präsumtion ein materieller Unterschied nicht.

Es werden also, davon sind wir ausgegangen, durch die civilistischen Präsumtionen die Parteirollen nicht vertauscht, vielmehr bleibt der Kläger stets der eigentliche Beweispflichtige, er hat aber seiner Beweispflicht dadurch genügt, daß er die factischen Voraussetzungen beweist, unter denen der Rechtssatz den das eigentliche Beweisthema bildenden Umstand präsumirt. Der präsumirte Umstand gilt als bewiesen so gut wie wenn Kläger den directen Beweis durch Zeugen oder Urkunden geführt hätte. Daraus, daß die Folge keine andere ist als bei einem auf ge-

wöhnliche Art geführten Beweise ergiebt sich von selbst, daß der zulässige Gegenbeweis dahin gerichtet ist, die angenommene Thatsache sei trotz der gesetzlichen Annahme nicht wahr; der Beweis des Gegners des Vermuthungshabers ist demnach kein Hauptbeweis und es kann von einem onus probandi transferre in diesem Sinn keine Rede sein, sondern es ist ein sogenannter directer Gegenbeweis, der auf ihn nicht übergeht als eine Last, welcher ihm vielmehr als ein Recht nachgelassen wird, so daß er dadurch die sonst unzweifelhaft eintretende Wirkung des Sieges des Klägers abwenden kann. Es müssen daher in Beziehung auf den gegen die Präsumtion zu führenden Beweis alle Grundsätze zur Anwendung kommen, die hinsichtlich des directen Gegenbeweises überhaupt gelten, und als einer der hauptsächlichsten dieser Grundsätze ist, wie schon oben erwähnt worden, hervorzuheben, daß man sich zu Führung des directen Gegenbeweises des Eidesantrags nicht bedienen kann. Ehe wir auf die Grundsätze des directen Gegenbeweises in seiner Beziehung auf Präsumtionen eingehen soll blos noch der allgemein anerkannte Satz berührt werden, daß der Gegenbeweis stets nur gerichtet sein kann gegen die Vermuthung in hypothesi, gegen das Zutreffen der gesetzlichen Annahme im concreten Fall (z. E. daß dieses in der Ehe geborene Kind ein eheliches sei), niemals aber gegen die Vermuthung in thesi, gegen das Zutreffen der Vermuthung in abstracto, gegen die Richtigkeit des Rechtssatzes überhaupt (es sei unrichtig, aus dem Geborenwerden im siebenten Monat der Ehe die Ehelichkeit des geborenen Kindes anzunehmen); denn damit würde sich die Partei und der Richter über das Gesetz stellen, und cum fuerint leges institutae et firmatae, non licebit iudici, de ipsis iudicare, sed secundum ipsas. (c. 3. D. 4.)[3]). Dieser Satz ist an sich unbestreitbar und in dem angeführten Beispiel sowie in vielen andern ganz unzweifelhaft. In manchen Fällen könnte es aber scheinen, als ob in der That ein Gegenbeweis gegen die Vermuthung in thesi zulässig wäre. Wenn z. E. der Rechtssatz lautet: si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter

[3]) Siehe auch Weber a. a. O. §. 11.

nos convenisse ne peterem, so ist die Vermuthung in abstracto: bei Zurückgabe des Schuldscheins wird Erlaß angenommen. Wenn nun dagegen der Gläubiger, einräumend, daß er allerdings das Schulddocument zurückgegeben habe, nachweisen will, daß diese Handlung einen andern Sinn gehabt habe, als das Gesetz präsumirt, ist das nicht ein Beweis gegen die Vermuthung in abstracto: bei der Rückgabe wird Erlaß präsumirt? Und doch wird man unzweifelhaft einen solchen Gegenbeweis zulassen. Woran liegt das? Der Grund ist, weil in diesem Fall und ähnlichen das Gesetz voraussetzt, daß weiter nichts vorliegt, als diese Handlung; werden andere Thatsachen angeführt wie z. E. vorausgegangene Bitte des Schuldners um Rückgabe zu dem Zweck, um einem Dritten gegenüber die Existenz der Schuld darzuthun u. s. w., dann trifft die Prämisse nicht zu und darum leidet der Rechtssatz dann keine Anwendung. Es ist also in der That kein Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Rechtssatzes selbst.

Der Gegenbeweis gegen die Präsumtion kann nun in doppelter Weise geführt werden: einmal gegen das Wahrsein der factischen Voraussetzung der Präsumtion, z. E. es sei nicht wahr, daß Jemand erst im siebenten Monat der Ehe geboren sei, sodann aber unmittelbar gegen die Thatsache, die infolge der Präsumtion als bewiesen gilt und welche das eigentliche Beweisthema bildet, z. E. es sei nicht wahr, daß der Betreffende ein eheliches Kind sei.

Was den Gegenbeweis gegen die Prämissen der Präsumtion betrifft, so greifen im Bezug auf die Frage, wie er geführt werden muß, wie erwähnt, die gewöhnlichen Grundsätze vom Gegenbeweis Platz. Die Frage, die hier Schwierigkeit bereiten kann, ist nur die, welches denn die Voraussetzungen der Präsumtion sind, z. E. ob das blose Zerrissensein des Schuldscheins die praesumtio liberationis begründet oder ob erforderlich ist, daß der Gläubiger selbst den Schuldschein zerrissen hat; ob es genügt, daß der Schuldner das chirographum in den Händen hat oder ob vielmehr das Zurückgeben desselben durch den Gläubiger die Voraussetzung für die Präsumtion des Erlasses ist, ob die praesumtio Muciana nur dann Platz greift, wenn feststeht, daß die Frau

den Erwerb während der Ehe gemacht hat, oder ob sich dieselbe auf jeden Streit darüber bezieht, woher und wie die Frau die Sache überkommen hat; ob die hinsichtlich der Commorienten geltende Präsumtion nur dann eintritt, wenn Eltern und Kinder eines unnatürlichen Todes, in gemeinsamer Gefahr sterben u. s. w. Diese Frage muß natürlich an jeder einzelnen Präsumtion besonders geprüft werden.

Die Untersuchung und Erörterung dieser speciellen Fälle kann hier nicht vorgenommen werden; sie würde uns, da über manche dieser Präsumtionen eine besondere Abhandluug geschrieben werden könnte, zu weit führen.

Besondere Berücksichtigung und näheres Eingehn verdient hingegen der Gegenbeweis gegen die präsumirte Thatsache selbst. Hierüber lassen sich eher gemeinsame Grundsätze aufstellen, weil ja den Präsumtionen allen eigenthümlich ist, daß ein Umstand, der nach den gewöhnlichen Beweisregeln zu beweisen wäre, ohne Beweis als bewiesen angenommen wird. Dieser Gegenbeweis ist, wie jeder andere auch, auf die Unwahrheit des präsumirten Umstands gerichtet, z. E. daß im Fall der l. 3. C. de ap. publ. oder der l. 24. h. t. die Schuld doch nicht getilgt sei, daß der impubes doch nach dem Vater gestorben, daß das im siebenten Monat der Ehe geborene Kind doch kein eheliches sei. Ueber diese Behauptung, die das im Gesetz Angenommene einfach negirt, darf natürlich, wie bereits erwähnt, der Eid nicht angetragen werden, denn das, was schon bewiesen ist oder als bewiesen gilt, darf durch den Eid nicht noch einmal in Frage gestellt werden[4]). Das gilt nicht weniger, wenn etwas präsumirt wird, als wenn etwas durch gewöhnliche Beweismittel bewiesen ist. Es ist daher unrichtig, wenn Collmann[5]) aus dem Wortlaut des cap. 2. X. de prob. 2. 19., welches allerdings nur von Urkunden und Zeugen spreche, entnehmen will, daß einem wider eine Rechtsvermuthung mittelst Eidesdelation zu führenden Gegenbeweis wohl nichts im Wege stehe[6]). — Nun wird aber freilich der Gegen-

[4]) Cfr. Wetzell Proc. §. 20. N. 4.

[5]) A. a. O. §. 55. N. 2.

[6]) Auch Savigny Syst. V. S. 269 scheint gegen die gewöhnlichen Beweispräsumtionen Gegenbeweis durch Eid zuzulassen, wenn er

(Kuij Zeugen S. 77 /)

beweis regelmäßig sich nicht einfach auf die Negative, das vom Gesetz Angenommene sei im concreten Fall nicht wahr, richten, sondern es wird häufig der Nachweis zu führen versucht werden, daß aus den Umständen, aus denen der Schluß gezogen worden, in diesem Fall das vom Gesetz Gefolgerte wegen anderer Umstände, die den in abstracto unbestreitbaren gesetzlichen Schluß als ungerechtfertigt erscheinen lassen, nicht geschlossen werden könne, der Gegenbeweis wird häufig nicht ein unmittelbarer, sondern ein mittelbarer sein, nicht der Beweis der Negative, sondern der Beweis einer mit dem Inhalt des Hauptbeweises unvereinbaren Angabe, bezüglich der Beweis einer den Schluß als unrichtig hinstellenden Thatsache. Und hier bei diesem mittelbaren Gegenbeweis gelten andere Grundsätze, mag der Hauptbeweis durch gewöhnliche Beweismittel geführt sein oder mag die Präsumtion diesen Beweis ersetzt haben. Wie ich gegenüber einem schriftlichen Schuldbekenntniß, welches meine Unterschrift und eine bestimmte Orts- und Zeitangabe trägt, den Beweis, daß ich zu dieser Zeit an einem andern weit entfernten Ort gewesen bin, durch Eidesdelation führen kann, so ist es auch gegenüber der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant zuläßig, daß der Ehemann den Beweis durch Eidesantrag führe, er sei während eines Zeitraums von 10 Jahren vor der Geburt des Kindes weit entfernt abwesend gewesen und niemals mit seiner Ehefrau überhaupt in dieser Zeit zusammengekommen, woraus sich dann die nothwendige Folge ergiebt, daß das Kind nicht von ihm erzeugt sein könne. In gleicher Weise muß in allen diesen Fällen, also auch bei der Präsumtion, der Satz reprobatio reprobationis non datur wegfallen, ohne daß man deshalb mit Feuerlein[7]) zu sagen braucht, nicht der Vermuthungshaber,

sagt: „es ist einleuchtend, daß sie — nämlich die Präsumtion der Tilgung desjenigen Rechts, welches durch die Klage verfolgt werden soll, eine Präsumtion, welche er als einen der Gründe der Einführung der Extinctivverjährung ansieht — nicht wie andre gewöhnliche Präsumtionen behandelt werden darf, so daß etwa der Kläger einen Gegenbeweis z. E. durch Eidesdelation unternehmen dürfte."

[7]) A. a. O. §. 29.

sondern sein Gegner sei im Rechtssinn der Kläger und der Beweis desjenigen, gegen welchen die Vermuthung streitet, hinsichtlich der von ihm behaupteten Ausnahme sei kein Gegenbeweis. Man denke sich den Fall, daß Jemand als ehelicher Sohn des Erblassers seinen Erbanspruch gegen einen Dritten, der ihm die Sohneseigenschaft bestreitet, geltend macht. Er beweist die Geburt nach dem sechsten Monat der Ehe. Der Beklagte führt den Gegenbeweis dadurch, daß er anführt, der Ehemann sei 10 Jahre in Amerika abwesend gewesen und habe in dieser ganzen Zeit den stetigen Wohnort A der Ehefrau nicht wieder betreten, er sei überhaupt mit derselben in dieser Zeit nicht zusammengekommen, nach seiner Rückkehr aber habe er den Kläger als anniculus vorgefunden. Hiergegen ist offenbar der Beweis zulässig, daß dies nicht wahr, daß der Ehemann in der Zwischenzeit einmal mit seiner Ehefrau zusammengetroffen und das Kind nach einem Zeitraum von 6 Monaten und nicht später als nach 10 Monaten von da an geboren sei. Oder es kann, um noch ein Beispiel anzuführen, gegenüber der Präsumtion des Todes auf Grund der Verschollenheit der Gegenbeweis geführt werden, daß vor Kurzem ein Brief des angeblich Verschollenen angekommen sei, wogegen wieder der Beweis zulässig ist, daß der Brief gefälscht war. Doch ist in diesem Falle der Gegenbeweis nicht eigentlich gegen die präsumirte Thatsache selbst, sondern gegen die factischen Voraussetzungen der Präsumtion, das Verschollensein, d. h. die lange Abwesenheit ohne Kunde, gerichtet.

Nach dem bisher Erörterten glaube ich, daß dem Unterschied zwischen technischen Präsumtionen und Interimswahrheiten, welchen Unger aufstellt und welchen wir bereits bei Gelegenheit der Erörterung der Frage, ob das Moment der Schlußfolgerung für den Begriff der Präsumtion wesentlich sei, besprochen haben [8]), ein so großes Gewicht nicht beizulegen ist. Das Characteristische dieser letztern soll, um dies hier kurz zu wiederholen, nach Unger darin bestehn: „sie enthalten nicht den Auftrag an den Richter, eine Behauptung als wahr anzunehmen, wenn eine andere Be-

[8]) Cfr. oben §. 24.

hauptung gewiß sei, sie verändern nicht das Beweisthema in dem Sinn, daß dem Beweispflichtigen gestattet wird, statt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz kraft gesetzlicher Vorschrift der Richter auf die Existenz jener schließen muß, sondern es wird durch die Interimswahrheit eine Behauptung ohne weiteres für wahr gehalten und so das Beweisthema und damit die Beweislast ganz und gar verändert, indem nicht die fragliche Behauptung, sondern ihr Gegentheil Gegenstand des Beweises wird; während daher bei den wahren Präsumtionen der Behauptende beweispflichtig bleibt und ihm nur die Beweisführung erleichtert wird, wird er hier in der That vom Beweis völlig frei und die Beweislast auf seinen Gegner übertragen. Und dieser Beweis, welchen der Gegner des von der Beweislast befreiten Behauptenden führt, ist zwar der Beweis des Gegentheils der betreffenden Behauptung, aber dennoch kein Gegenbeweis, sondern ein wahrer Hauptbeweis, daher hier allerdings dem Behauptenden der Gegenbeweis offen steht, da für den Satz reprobatio reprobationis non datur in diesem Fall die Voraussetzung seiner Anwendbarkeit fehlt." Es kommt dies aber im Grund wieder darauf hinaus, ob ein Unterschied besteht zwischen Freisein vom Beweis und zwischen Bewiesenhaben. Der Kläger ist vom Beweis der eigentlich zu beweisenden Thatsache frei, weil nach der Präsumtion diese Thatsache als wahr angenommen wird — beides ist nicht verschieden. Nun statuirt aber Unger einen Unterschied, der, wenn er in der That bestände, allerdings die Scheidung der Interimswahrheiten von den eigentlichen Präsumtionen nothwendig machen würde: es soll nämlich der Beweis desjenigen, gegen den eine solche Interimswahrheit spricht, ein wahrer Hauptbeweis und die Folge davon soll die Nichtanwendbarkeit des Satzes reprobatio reprobationis non datur sein. Wir haben jedoch gesehn, daß es auch bei den s. g. technischen Präsumtionen, bei welchen infolge des Beweises einer Thatsache eine andere als bewiesen gilt, diesem Satz an der Voraussetzung seiner Anwendbarkeit fehlen kann, daß dies also nicht etwas den sogenannten Interimswahrheiten eigenthümliches ist. Auf der andern Seite müßten, wenn hier der Beweis des Gegentheils in

der That ein wahrer Haupt= und Vorbeweis wäre, alle Grundsätze des Hauptbeweises Platz greifen, er müßte also auch durch Eidesdelation geführt werden können. Ist es aber zulässig, daß das Gegentheil der betreffenden Behauptung, hinsichtlich welcher der, für den eine solche Interimswahrheit spricht, vom Beweis befreit ist, durch Eidesantrag geführt wird? Wenn der Eid auf das directe Gegentheil, auf das Nichtwahrsein jener Behauptung gerichtet ist, dann ist dies gewiß ebensowenig statthaft, wie bei den technischen Präsumtionen, ist das aber nicht der Fall, so ist der Eidesantrag zwar zulässig, dann ist es jedoch wieder nicht etwas den Interimswahrheiten eigenthümliches, sondern es gilt dasselbe auch bei den eigentlichen Präsumtionen. Ich habe oben die Fälle genannt, welche Unger als Beispiele solcher Interimswahrheiten aus dem römischen Recht anführt, die Präsumtion des frühern Todes eines der Commorienten u. s. w. Wodurch aber — ich muß die Frage hier wiederholen — unterscheiden sich diese von der Präsumtion, daß der septimo mense natus als eheliches Kind gilt, welche Unger für eine wahre Präsumtion hält? Muß nicht wie das Geborensein im siebenten Monat, so auch das Zusammensterben in gemeinsamer Gefahr, bezüglich wenn man diese Ansicht für unbegründet hält, doch der Tod beider Personen und ihre Eigenschaft als Eltern und Kinder vorerst bewiesen werden, müssen nicht die factischen Voraussetzungen des Rechtssatzes, wonach Jemand vom Beweis frei ist, ebenso feststehn, wie die Voraussetzungen des Rechtssatzes, wonach eine Thatsache als bewiesen angenommen werden soll? Unger meint zwar, daß bei den Interimswahrheiten die s. g. Vermuthung plan und ohne Voraussetzung hingestellt werde; paßt dies aber auf diesen Fall? Oder auf die andern beiden Fälle aus dem römischen Recht, die praesumtio Muciana und die Präsumtion, daß die von gewissen Personen geleistete Zahlung die Zahlung einer Nichtschuld sei? An welche Voraussetzung die Vermuthung geknüpft wird, ist gleichgiltig, aber plan und ohne Voraussetzung wird kein solcher Rechtssatz aufgestellt. Dort ist die factische Voraussetzung der Erwerb während der Ehe, oder, wenn man dieses Erforderniß nicht aufstellt, wenigstens eine bestehende Ehe, hier die Zahlung von gewissen Personen. Auch die

Beispiele aus dem Oesterreichischen Recht (N. 50.) sind nicht voraussetzungslose Sätze. Und was die Wirkungen anbelangt, kann der Beweis des directen Gegentheils: der impubes sei nicht vor dem Vater gestorben, der Erwerb der Frau während der Ehe habe seinen Grund nicht in einer Schenkung des Mannes, die Zahlung des Pupillen sei nicht Zahlung eines indebitum gewesen, durch Eidesantrag geführt werden? Gewiß ebensowenig, wie gegenüber der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant, oder der Präsumtion aus dem chirographum cancellatum, aus den drei apochae publicae u. s. w. der Eidesantrag zulässig ist darüber, daß das Kind kein eheliches, daß die Schuld getilgt sei.

Wir finden also bestätigt, was bereits mehrfach hervorgehoben ist, daß der Präsumtion ganz dieselbe Wirkung zukommt, wie einem auf andre Weise geführten Beweise. Es rechtfertigt sich daher die Aufnahme dieses Momentes in die Definition der Präsumtion, als des Rechtssatzes, wonach ein Umstand ohne den sonst erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen werden soll. Damit war einmal die Zulässigkeit des Gegenbeweises überhaupt ausgesprochen, ohne daß, wie Böhmer behauptet, dies besonders im Gesetz hervorgehoben sein müßte, sodann aber auch weiter, daß hinsichtlich dieses Gegenbeweises gegen den präsumirten Umstand die allgemeinen Grundsätze über Gegenbeweis zur Anwendung kommen. Ob man dann, wenn man nur diesen Gesichtspunkt festhält, von der Präsumtion sagt: sie befreie von der Beweislast, sie erleichtere dieselbe, sie verändere das Beweisthema, sie beweise, sie sei Beweismittel, Beweisgrund, Beweissurrogat — ist ziemlich gleichgiltig, obgleich mir, wie bereits erwähnt, der letztere Ausdruck, wonach sie an die Stelle der dem Beweispflichtigen eigentlich obliegenden Beweisführung tritt und diese hinsichtlich des präsumirten Umstandes ersetzt, noch der passendste scheint. — Es ist aber dieser Fundamentalsatz, daß die Wirkung der Präsumtion dieselbe sei, wie die eines auf andere Art geführten Beweises, in einigen Puncten noch näher zu erörtern.

Der Gegenbeweis, daß es im concreten Fall nicht so sei, wie infolge der gesetzlichen Präsumtion angenommen werden soll, ist,

in's Positive übersetzt, der Gegenbeweis, daß es anders sei, daß also das Gegentheil von dem wahr sei, was das Gesetz als bewiesen oder wahr anzunehmen vorschreibt. Nicht blos, daß es anders sein könne, sondern daß es wirklich anders sei, muß bewiesen werden. Die Möglichkeit des Andersseins hat ja der Gesetzgeber gekannt und doch die Bestimmung aufgestellt, es kann also dadurch dieselbe nicht außer Anwendung gesetzt werden [9]). So wenig als dieser Beweis der Möglichkeit des Gegentheils in abstracto gegen die Vermuthung in thesi geführt werden kann, so wenig hilft der Beweis etwas, daß es im concreten Fall anders sein könne, als das Gesetz präsumirt. Liegt aber diese Voraussetzung des Gegenbeweises vor, ist er also gerichtet auf das wirkliche Anderssein, dann ist kein Grund, die sonst in Bezug auf den Gegenbeweis geltenden Grundsätze nicht zur Anwendung zu bringen, so daß insbesondere dann, wenn der Gegenbeweis geführt wird durch den Beweis einer den präsumirten Umstand ausschließenden Thatsache wie z. E. der Gegenbeweis gegen die praesumtio Muciana durch den Beweis, daß die Frau die betreffende Sache gekauft habe, und dieser Beweis unvollständig, z. E. durch einen Zeugen geführt ist, auf einen Notheid erkannt werden kann. Gerade aus diesem Satz, daß nur durch den Beweis des wirklichen Andersseins der durch die Präsumtion erbrachte oder ersetzte Beweis entkräftet wird, ergiebt sich aber, daß unter Umständen der Gegenbeweis dahin gerichtet sein muß, daß es im concreten Fall nicht so sein könne, wie das Gesetz annimmt, also auf die Unmöglichkeit des vom Gesetz präsumirten Umstands in concreto, nämlich dann, wenn nach der Beschaffenheit der präsumirten Thatsache das Anderssein nicht auf andere Weise bewiesen werden kann als durch den Beweis des Unmöglichseins. Und dies ist der Fall bei der hinsichtlich der Ehelichkeit eines Kindes aufgestellten Präsumtion. Diese wichtige Präsumtion kann nicht in ihrem ganzen Umfang erörtert werden; nur die Hauptgesichtspuncte im Bezug auf die Art des Gegenbeweises will ich hier hervorheben.

Das in der Ehe geborene Kind ist ein eheliches. Dies ist an sich ein einfacher Rechtssatz, wie der, daß dem Vater über die

---

[9]) Siehe auch Weber a. a. O. §. 11.

in iustis nuptiis gebornen Kinder die patria potestas zusteht. Es ist aber hier die Voraussetzung, daß das Kind auch in der Ehe erzeugt sei und das kann zweifelhaft erscheinen, wird sich wenigstens selten mit voller Gewißheit constatiren lassen.

Statt daß die Römer dem Richter den an sich denkbaren, aber höchst unsichern Weg anweisen, die Frage, von welchem Vater und zu welcher Zeit ein Kind erzeugt sei, nach Wahrscheinlichkeit d. h. nach einem höchst freien und willkürlichen Ermessen der jedesmaligen individuellen Umstände zu entscheiden, stellen sie die durchgreifende Regel auf: pater est quem nuptiae demonstrant, derjenige, der mit der Mutter des Kindes verheirathet ist, gilt als Vater dieses Kindes [10]). Diese Präsumtion ist geradezu nothwendig, weil nur mater semper certa est, der Beweis hingegen, daß ein Kind von einem bestimmten Mann erzeugt sei, niemals direct und höchst selten ausnahmsweise indirect geführt werden kann. Wenn nun ein Kind vielleicht zwei Jahre nach Eingehung der Ehe bei Lebzeiten des Ehemannes geboren wird, so ist mit dem Beweis dieser Thatsache infolge der Präsumtion der Beweis erbracht, daß das Kind den Ehemann zum Vater habe. Daß der Gegenbeweis gegen die Vaterschaft des Ehemannes nicht dahin gerichtet sein kann, ein Anderer als er sei möglicher Weise der Erzeuger, versteht sich schon nach dem oben Erörterten von selbst. Daher kann der Gegner des auf die Präsumtion sich Stützenden nicht darauf sich berufen, daß auch ein Anderer als der Ehemann mit der Frau concumbirt habe; damit wäre ja noch nicht bewiesen, daß der Ehemann wirklich nicht Erzeuger sei, sondern nur, daß er es möglicher Weise nicht sei. Das ist zum Ueberfluß klar ausgesprochen in

> l. 11. §. 6. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. — non utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

---

[10]) Duarenus ad T. D. de prob. cp. 5. fine bemerkt dazu: quod tamen non necessario colligitur, praesertim in iis civitatibus, in quibus multi sunt sacerdotes et monachi.

Auch das Geständniß der Mutter, daß das Kind in ehebrecherischem Umgang erzeugt sei, ist aus diesem Grunde kein genügender Gegenbeweis nach l. 29. h. t.[11]). Daran wird offenbar auch nichts dadurch geändert, daß das betreffende Kind dem angeblichen Ehebrecher ähnlich sieht, wie manche Aeltere[12]) und sogar noch Endemann (pag. 87.) wenigstens für das ältere römische Recht behaupten. Die Aelteren haben daran lange Erörterungen geknüpft über das Sichversehen der Frauen, die recht interessant zu lesen, aber ohne juristischen Werth sind[13]). Soll also der Gegenbeweis überhaupt von Gewicht sein, so muß er darauf gerichtet werden, daß das Kind wirklich nicht vom Ehemann, d. h. daß es wirklich von einem Andern erzeugt sei. Da dies aber ebensowenig bewiesen werden kann wie die Zeugung durch den Ehemann selbst, so folgt, daß gegen diese Präsumtion nur der Beweis der Unmöglichkeit zulässig ist, der Beweis, daß der Ehemann nicht Erzeuger sein könne, daß ein Anderer Erzeuger sein müsse. Und dieser Beweis kann allerdings geführt werden. Es fragt sich aber wie. Die factische Voraussetzung für diese Präsumtion ist, obgleich das nicht ausdrücklich angegeben ist, der zwischen beiden Ehegatten vollzogene Beischlaf, denn ohne Beischlaf ist die Erzeugung nicht möglich, die blose Geburt eines Kindes in der Ehe reicht nicht hin, um dasselbe unter allen Umständen als eheliches erscheinen zu lassen. Und zwar muß, da ein solcher Causalzusammenhang zwischen Beischlaf und Erzeugung besteht, zwischen beiden Thatsachen ein solcher Zeitraum liegen, daß die eine mit der andern in der That zusammenhängen kann. Wenn daher die Frau im ersten Monat der Ehe gebiert oder wenn der Mann nach zehnjähriger Abwesenheit bei seiner Rückkehr einen anniculus vorfindet, so ist der Gegenbeweis des wirklich Andersseins geführt (l. 6. de his qui sui l. 6.). Also die Vollziehung des Beischlafs in gewisser Zeit von der Geburt

---

[11]) Daß die blose Behauptung des Ehemannes, er wisse, daß das Kind nicht von ihm erzeugt sei, dem Kind das Recht als eheliches zu gelten nicht entzieht, bedarf keines besonderen Belegs, vergl. jedoch auch l. 14. §. ult. de lib. et post. 28. 2. l. 27. §. 1. de inoff. test. 5. 2.

[12]) Cfr. Alciat Reg. III. pr. 37.

[13]) Cfr. z. E. Glossa, Fataliter ad l. 135. de V. S.

zurückgerechnet ist die Voraussetzung für die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant. Diese Voraussetzung zeichnet sich von den Prämissen anderer Präsumtionen dadurch aus, daß sie eines Beweises nicht bedarf, daß sie selbst präsumirt wird. Es braucht nicht von dem die Präsumtion für sich Anführenden bewiesen zu werden, daß in einer bestimmten Zeit von der Geburt zurückgerechnet von den Ehegatten der Beischlaf vollzogen sei, sondern das Gegentheil dieser Thatsache bildet nur möglicher Weise den Gegenstand des Gegenbeweises, es kann nachgewiesen werden, daß der Beischlaf in der critischen Zeit nicht erfolgt sei. Ist aber dieser Gegenbeweis ohne alle Beschränkungen zulässig? Kann er einfach darauf gerichtet werden, der Ehemann habe in der ganzen Zeit, in der er den Beischlaf vollzogen haben müßte, wenn das Kind von ihm erzeugt sein solle, nicht mit seiner Ehefrau concumbirt? Der Grund, warum nicht die Vollziehung des Beischlafs, sondern nur die Geburt während der Ehe in gewisser Zeit bewiesen zu werden braucht, ist der, daß solche Fragen, die in das den Blicken der Welt entzogene Innere des Familienlebens eindringen, nicht ohne dringende Veranlassung zum Gegenstand processualischer Verhandlungen gemacht werden sollen; das Wesen der Ehe ist zu heilig, als daß die blose Willkür eines die Ehelichkeit des Kindes Bestreitenden und dieses oder einen Andern dadurch zum Beweis Nöthigenden sollte bewirken können, daß das Innere des ehelichen Lebens vor das Forum der Gerichte gezogen würde. Aus demselben Grunde wird aber auch nicht ein jeder Gegenbeweis, der Ehemann habe in der betreffenden Zeit nicht mit seiner Ehefrau concumbirt, zugelassen. Das spricht die für die Frage nach dem Gegenbeweis gegen diese Präsumtion so wichtige l. 6. cit. klar aus:

> Non ferendum, Julianus ait, eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum.

Wenn die Ehegatten fortwährend in ehelicher Gemeinschaft gelebt haben, so kann man es nicht dulden, daß der Ehemann dem in der Ehe geborenen Kinde die Anerkennung versagt; die Vollziehung des Beischlafs liegt im Wesen der ehelichen Gemeinschaft; ist diese eheliche Gemeinschaft vorhanden gewesen, so soll der Mann nicht

behaupten dürfen, daß er während einer bestimmten Zeit den Beischlaf nicht vollzogen habe. Anders ist es nach demselben Julian, dessen Ansicht Ulpian in l. 6. cit. billigt, wenn die eheliche Gemeinschaft so lange aufgehoben gewesen ist, daß es ohne ein solches Eindringen in die ehelichen Verhältnisse sofort erhellt, das Kind könne nicht vom Ehemann erzeugt sein:

> Si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium.

Und denselben Gedanken Julian's billigt Ulpian an einer anderen Stelle:

> l. 1. §. 14. de agnosc. lib. 25. 3. — esse satis iniuriosum, ait (scil. Julianus), si quis longo tempore abfuerit, et reversus uxorem praegnantem invenerit, et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senatusconsulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.

Ist nun aber, wenn der Ehemann assidue cum uxore sua moratus est, der Gegenbeweis, daß das Kind nicht von ihm herrühre, der sich wieder nur darauf richten kann, er habe den Beischlaf nicht vollzogen, ganz ausgeschlossen? Mag das die Ansicht Julian's gewesen sein oder nicht, es ist jedenfalls nicht die von Ulpian und Scävola, und diese ist in l. 6. cit. gebilligt. Daß der Gegenbeweis dann geführt ist, wenn die vollständige Impotenz des Ehemannes nachgewiesen wird, ist unzweifelhaft und auch nie bestritten worden, aber daß nur dieser Gegenbeweis die Präsumtion entkräfte, wie bisweilen behauptet wird, vermag ich nach dem Inhalt der l. 6. cit., die auch andere Veranlassungen der Nichtvollziehung des Beischlafs anführt und zulassen will, nicht anzuerkennen. Ich kann hinsichtlich dieser Frage auf ein ausführliches Erkenntniß des Braunschweig'schen obersten Gerichtshofs [14]) verweisen, welches mit meiner Ansicht vollständig übereinstimmt.

Die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant

[14]) Cfr. Ergänzungsheft zur Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogth. Braunschweig. XII. Jahrgang (1865) pag. 212. ff.

erhält aber ihre Ergänzung durch eine andere Bestimmung. Wir haben gesehen, daß das Kind in der Ehe erzeugt und daß die Geburt zu einer solchen Zeit erfolgt sein muß, daß wenigstens möglicher Weise der Causalzusammenhang zwischen Zeugung in der Ehe und Geburt vorhanden ist; würde das Kind im ersten Monat der Ehe geboren sein, so kann die Präsumtion nicht Platz greifen, das Kind ist unzweifelhaft ein außer der Ehe erzeugtes. Die gewöhnliche Zeit der Schwangerschaft beträgt neun Monate. Man könnte also sagen, wenn ein Kind gerade neun Monate nach Eingehung oder nach Trennung der Ehe geboren wird, trete die Präsumtion, daß es ein vom Ehemann erzeugtes sei, ein. Damit würde man aber doch diesen Satz in zu enge Schranken eingeschlossen und daher unrichtig und unzureichend gefaßt haben; denn die Regel der neunmonatlichen Schwangerschaft ist eben nur das Gewöhnliche, es kann vorkommen sowohl daß das Kind kürzere als daß es längere Zeit im Mutterleib gewesen ist. Diese Möglichkeit der frühern oder spätern Geburt mußte daher, wenn die Präsumtion ausreichend sein sollte, berücksichtigt werden, und sie ist von den Römern berücksichtigt worden in der Weise, daß sie sagen: der im siebenten Monat nach Eingehung, sowie der im zehnten Monat nach Trennung der Ehe Geborene gilt als eheliches Kind (l. 12. de statu hom. 1. 5. l. 3. §. 11. 12. de suis et legit. 38. 16.). Natürlich ist man auch bei dieser Zeitbestimmung von der Annahme ausgegangen, daß der Beischlaf sofort bei Eingehung der Ehe und zuletzt noch unmittelbar vor Auflösung derselben vollzogen worden sei, und hinsichtlich dieser Annahme gilt dasselbe, was wir schon oben erwähnt haben: der Beweis, daß der Beischlaf zu diesen Zeitpuncten erfolgt sei, wird nicht verlangt, der Gegenbeweis, daß er nicht erfolgt sei, ist nicht ohne Weiteres zulässig. Hier entsteht aber die Frage, ob und inwiefern ein Gegenbeweis gegen diese vom Gesetz festgesetzten Zeitbestimmungen, abgesehn von dem selbstverständlich zulässigen Beweis gegen die Prämisse des Geborenseins im siebenten bezüglich zehnten Monat, statthaft ist. Man hat hierbei die äußersten Grenzen angenommen, und zwar den frühesten Termin propter auctoritatem Hippocratis. Es kann vorkommen, daß im Anfang des siebenten

Monats ein lebendes Kind geboren wird, und obgleich es sehr selten vorkommen wird, hat man doch diese Möglichkeit berücksichtigt; denn wenn man einmal eine Regel in dieser Beziehung aufstellte, mußte man die Grenze so bestimmen, daß alle Fälle, auch die seltensten, dadurch umfaßt waren. Daß man die Grenze hinsichtlich des spätesten Termins nicht weiter steckte, mag wohl daran liegen, daß solche Fälle nicht vorgekommen waren, oder die angeblich vorgekommenen Fälle dem Gesetzgeber nicht glaubhaft erschienen, denn die von Gellius und Plinius[15]) angeführten Fälle sind allerdings nicht geeignet, großen Glauben an die Wahrhaftigkeit der betreffenden Berichterstatter zu erwecken. Der Gegenbeweis, der sich speciell gegen diese Zeitbestimmungen richtet, kann nun nach dem Character dieser Präsumtion nicht blos dahin nicht gehen, daß das Gegentheil möglich, sondern auch nicht dahin, daß das Gegentheil wahrscheinlich sei. Der Beweis, das Kind sei so beschaffen gewesen, daß es höchst wahrscheinlich länger als sechs Monate im Mutterleibe gewesen sei, genügt nicht, um die Präsumtion zu entkräften, denn das Gesetz hat solche Fälle offenbar berücksichtigt und mit vollem Bewußtsein die durchgreifende Regel aufgestellt, um solche jedenfalls schwierige, zu einem bestimmten Resultat meist nicht führende medicinische Fragen abzuschneiden. Das Gesetz hat auch für zweifelhafte Fälle diese Norm gewollt, sie sind unter derselben mit begriffen, durch das blose Unwahrscheinlichsein kann dieselbe also nicht tangirt werden; ein solcher Beweis würde in der That gegen die Vermuthung in thesi gerichtet sein: es sei unwahrscheinlich, daß ein lebendes Kind schon im siebenten Monat geboren werde. Ja, selbst wenn, wie dies bei den jetzigen Fortschritten der Wissenschaft wohl denkbar ist, ein Gutachten vorliegt, welches mit voller Sicherheit aussagt, es sei unmöglich, daß dieses bestimmte im Anfang des siebenten Monats nach Eingehung der Ehe geborene Kind blos sechs Monate getragen, daß dasselbe vielmehr volle neun Monate alt gewesen sei, wird man wohl, wie vielleicht auch schon in Fällen einer weniger sichern Aussage, rein menschlich betrachtet, überzeugt sein, daß der Ehemann nicht Vater

---

[15]) Gellius Noct. Att. III. 16. Plinius Hist. natur. VII. 5.

dieses Kindes sei, aber der Richter darf auch auf Grund eines solchen Gutachtens den Beweis nicht als erbracht annehmen, daß das Kind kein eheliches sei; er würde sich, wenn er einen solchen Beweis zulassen wollte, über das Gesetz stellen, denn auch dieser Beweis wäre gegen die Vermuthung in thesi, gegen die Richtigkeit des Satzes, septimo mense nasci perfectum partum, gerichtet. Die Auctorität des Hippocrates in dieser Frage mag von der heutigen Wissenschaft der Physiologie nicht mehr anerkannt werden; aber ob richtig oder nicht, so lange der Satz besteht, muß ihn der Richter, der sich nicht um die Trefflichkeit oder Mangelhaftigkeit einer rechtlichen Bestimmung zu kümmern hat, entschieden anwenden und er darf Argumentationen, die im Gewand eines Gegenbeweises gegen die Anwendbarkeit der Vermuthung im concreten Fall in der That gegen die Richtigkeit des Vermuthungssatzes selbst gerichtet sind, nicht berücksichtigen. Was die von der Frage nach der Zulässigkeit des Gegenbeweises ganz verschiedene Frage nach der Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der so weit gesteckten Grenzen anbetrifft, so kann ich hier nur das oben Ausgesprochene wiederholen, daß, wenn man einmal in dieser Hinsicht eine Regel aufstellte, man sie so fassen mußte, daß auch die seltensten Fälle darunter mitbegriffen waren. Savigny (Syst. Bd. II. Beil. III. pg. 391. N. i.) führt auch die Ansicht einer medicinischen Auctorität an, die dahin geht, daß das römische Recht, worin durch positive Regeln die Unsicherheit individueller Beurtheilung ausgeschlossen werde, das entschiedenste Lob verdiene und insbesondere die ansehnliche Ausdehnung des daselbst angenommenen Zeitraums der möglichen Schwangerschaft zu billigen sei.

Das Resultat ist also, daß, wie dies nicht weiter an Beispielen dargethan zu werden braucht, die blose Möglichkeit des Andersseins zur Entkräftung der Präsumtion nicht genügt, sondern daß der Gegenbeweis nur auf das wirkliche Anderssein gerichtet werden kann. Hinsichtlich der Ereignißpräsumtionen ist dies ganz unzweifelhaft, es ist ja so gut, als wäre die präsumirte Thatsache z. E. Tod, Zahlung ꝛc. durch zwei Zeugen oder durch Urkunden bewiesen. — Aber es gilt in gleicher Weise auch bei den Willenspräsumtionen; die Möglichkeit eines andern Willens

hebt die Präsumtion des bestimmten Willens nicht auf. So wird der Gläubiger gegenüber der Präsumtion aus dem chirographum redditum, der Universalfideicommissar gegenüber der Präsumtion der l. 102. de C. et D., der Intestaterbe gegenüber der sogenannten vulgaris substitutio tacita nicht gehört mit der Behauptung, daß die Zurückgabe des Schuldscheins, daß die betreffende Disposition nicht diesen Sinn haben müsse, daß sie auch einen andern haben könne, sondern nur dem Nachweis, daß wirklich ein anderer Sinn damit verbunden gewesen sei, kann eine Wirkung beigelegt werden. Jedoch ist bei diesen praesumtiones voluntatis nicht ein so stricter Gegenbeweis erforderlich, sondern wie bei der Frage, ob der Beweis des Willens erbracht sei, dem Richter ein freieres Ermessen und die Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit gestattet ist, so ist es hier zum Gegenbeweis gegen die praesumtio voluntatis schon hinreichend,, wenn die Möglichkeit dem Richter zur Wahrscheinlichkeit erhoben wird, wenn der Richter infolge der Prüfung der concreten Umstände des Falls zu der Ueberzeugung gelangt, daß hier der vom Gesetz präsumirte Wille nicht vorhanden gewesen sei, wenn der die Prämisse der gesetzlichen Vermuthung bildende Umstand zwar vorliegt, aber in solcher Verbindung mit andern vorhergehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden Umständen, daß die einfache Voraussetzung des Gesetzes als ganz verändert und die unter dieser Voraussetzung aufgestellte Präsumtion des Willens als im concreten Fall nicht gerechtfertigt erscheint [16]. Wenn nachgewiesen wird, daß nach ausgebrochener Todfeindschaft zwischen Erblasser und Legatar der erstere ein Codicill gemacht und darin gesagt hat, von den in seinem Testament hinterlassenen Legaten nehme er die und die zurück und legire diese Sachen den und den Personen und unter den adimirten Legaten befindet sich das des betreffenden Todfeindes nicht, so wird der Richter zu der Ueberzeugung gelangen, daß die Annahme des Gesetzes, der Erblasser wolle diesem Feinde das Legat entziehn, in diesem Fall nicht zutreffe. Wenn gegenüber der Präsumtion der l. 102. de C. et D., das dem Sohn für den Fall seines

[16]) Siehe auch **Weber** a. a. O. p. 81.

Todes aufgelegte Universalfideicommiß solle nach dem Willen des Erblassers nur gelten unter der Bedingung, si filius sine liberis decesserit, behauptet und nachgewiesen wird, daß der Erblasser wohl an diesen Fall, sein Sohn könne mit Hinterlassung von Kindern sterben, gedacht habe, daß er vielleicht Dispositionen für diesen Fall getroffen hat, so ist der Gegenbeweis, daß dies nicht der Wille des Erblassers war, zur Genüge geführt und damit diese auf die Wahrscheinlichkeit dieses Willens (coniectura pietatis) gestützte Bestimmung für den concreten Fall außer Anwendung gesetzt. Die sogenannte substitutio vulgaris tacita und pupillaris tacita gründet sich auf die Voraussetzung, daß diese Annahme dem Willen des Erblassers entspreche (si modo non refragatur voluntas); werden Umstände angeführt, welche diese Absicht unwahrscheinlich machen, wie z. E. daß der Erblasser zwei ganz verschiedene Testamente errichtet oder daß er angeordnet habe, der die Pupillarsubstitution enthaltende Theil seines Testaments solle bis zum wirklich erfolgten Tod des Pupillen verschlossen bleiben, oder daß ein pubes und ein impubes sich gegenseitig substituirt seien, so wird dies genügen, um die Ueberzeugung des Richters, der Testator habe die Substitution auf den einen ausgesprochenen Fall beschränkt wissen wollen, hervorzubringen [17].

Es ist aber festzuhalten, daß sowohl bei denjenigen Präsumtionen, welche — wie dies z. E. bei ademtio legati wegen Todfeindschaft und bei der präsumirten Bedingung si sine liberis decesserit der Fall ist — ohne Weiteres einen Willen ohne alle oder ohne specielle Erklärung annehmen, als bei denen, welche in einer zweifelhaften, mehrdeutigen Erklärung einen bestimmten Willen als enthalten anzunehmen vorschreiben, die Voraussetzung der Anwendung derselben immer gerade die Zweifelhaftigkeit, das Nichterhellen eines andern Willens ist, daß sie also erst eintreten nach vorherigem fruchtlosen Interpretationsversuch. Wenn dem Richter von Seiten des einen Anspruch Erhebenden und auf eine Präsumtion sich Stützendem eine Erklärung vorgelegt wird und er aus dieser Erklärung selbst vermöge seiner Inter-

[17]) Siehe v. Vangerow §. 451. Anm. 1. §. 453. Anm. 1.

pretation entnimmt, daß der Wille des Erklärenden ein anderer ist, als das Gesetz annimmt, oder mit andern Worten, daß durch die vorliegenden Umstände die Voraussetzungen des Gesetzes verändert sind, so bedarf es hier keiner besondern formellen Gegenbeweisführung, der Richter erkennt aus dem Inhalt der vorgelegten Erklärung, daß die Präsumtion nicht zur Anwendung kommt. Wenn z. E. ein Pupillarsubstitut zugleich Vulgarsubstitut zu sein behauptet und zum Beweis dafür das die Pupillarsubstitution enthaltende Testament beibringt, so kann ihn der Richter ohne vorherige förmliche Gegenbeweisführung mit seinem Anspruch zurückweisen, wenn sich im Testament einer jener Umstände findet, aus dem nach Obigem eine beschränktere Absicht des Testators erhellt. Das wird auch angedeutet durch die bei derartigen Präsumtionen häufig vorkommenden Ausdrücke: si voluntas non refragatur, nisi alia mens fuerit, nisi haec fuerit voluntas, nisi contra sensisse appareat u. ä. — Wenn hingegen die Erklärung oder der Umstand allein, aus welchem das Gesetz die Existenz eines bestimmten Willens präsumirt, dem Richter vorgelegt wird, z. E. es sei die Dos dem Mann vor der Ehe übergeben, oder der Schuldschein dem Schuldner vom Gläubiger zurückgegeben worden, oder es sei Todfeindschaft zwischen Erblasser und Legatar ausgebrochen und habe bis zum Tod des erstern fortbestanden, dann ist es natürlich Sache des Gegners des Vermuthungshabers, durch besondere Gegenbeweisführung Umstände darzuthun, aus denen der Richter die Ueberzeugung entnimmt, daß in diesem concreten Fall die Vermuthung cessire, z. E. daß nach einem früher geschlossenen Ehevertrag das Eigenthum an den Dotalsachen auf den Mann erst mit Abschließung der Ehe übergehn solle, daß die Rückgabe des Schuldscheins erfolgt sei auf die Bitte des Schuldners zu dem Zweck, damit er einem Andern gegenüber die Existenz dieser Schuld beweisen könne, daß der Testator in einem nach ausgebrochener Feindschaft errichteten Codicill alle Legate mit Ausnahme gerade des diesem Feind hinterlassenen adimirt habe. Hinsichtlich des Beweises dieser Umstände aus denen die contraria voluntas hervorgehn soll, gelten natürlich ganz die gewöhnlichen Beweisgrundsätze.

Es bleibt uns nur noch übrig, kurz den Unterschied zu berühren, der in Bezug auf den Gegenbeweis zwischen diesen praesumtiones voluntatis und den Dispositivnormen besteht. Dieser Gegenbeweis wird häufig ähnlich sein, wie sich überhaupt diese beiden Arten der Rechtssätze häufig berühren. Als characteristisches Unterscheidungsmerkmal haben wir oben angegeben, daß die Dispositivnorm, obgleich meist so beschaffen, daß sie dem wahrscheinlichen Willen der Parteien entspricht und dasjenige enthält, was dieselben wohl selbst festgesetzt haben würden, wenn sie über den fraglichen Punct eine Bestimmung getroffen hätten, doch das wirkliche Vorhandensein dieses Willens nicht zur Voraussetzung hat und daß die rechtliche Folge einer Handlung oder sonstigen Thatsache nicht durch die Annahme dieses Willens vermittelt, sondern unmittelbar damit verbunden ist [18]. Diese Folge kann allerdings nach dem Character des ius dispotivum ausgeschlossen werden, aber nicht dadurch, daß etwa der Gegenbeweis darauf gerichtet wird, der Wille sei nicht vorhanden gewesen, die Willenserklärung sei nicht erfolgt, (z. E. durch die Aussage zweier beim Kaufabschluß zugegen gewesener Zeugen, es sei nicht verabredet worden, daß Verkäufer für Eviction hafte, oder daß eine Sache, die Pertinenzqualität hat, als mitverkauft gelten solle), sondern es kann diese Ausschließung nur geschehn durch die selbständige Thatsache einer darauf gerichteten Willenserklärung, daher wir hier häufig

[18]) Die falsche Begründung des Rechts des Erblassers ab intestato Vermächtnisse zu hinterlassen (in l. 8. §. 1. de iure codic.) ist schon oben §. 12. berührt worden. Wäre dieses Recht wirklich abhängig davon, daß der Erblasser seinen Intestaterben sein Vermögen hat zuwenden wollen, so würde in dem Fall, wenn der Erblasser nach Errichtung eines die Anordnung verschiedener Vermächtnisse enthaltenden Codicills ein Testament gemacht hätte, worin er mit Ausschließung der Intestaterben andre Personen zu Erben einsetzt, auch bei einer Ungiltigkeit des Testaments ab initio sein Wille ersichtlich sein, daß die Intestaterben nicht zur Erbfolge kommen sollten; es müßten daher — wenn überhaupt der Codicill neben dem Testament bestehn bleiben sollte cfr. §. 1. J. de codic. 2. 25. — aus diesem Grunde, wenn wirklich dieser Wille des Erblassers die Voraussetzung des Rechts ab intestato zu legiren wäre, die Vermächtnisse ungiltig werden, was entschieden nicht der Fall ist.

die Hervorhebung: nisi aliud expresserit, dixerit, convenerit finden, während es in jenen Fällen gewöhnlich heißt: nisi aliud senserit, nisi alia mens probetur. Diese die sonst entschieden eintretende rechtliche Folge ausschließende Willenserklärung ist ganz in gleicher Weise eine selbständige des Beweises bedürftige Thatsache, wie diejenige, mit welcher jene Folge verbunden ist. Es gelten hinsichtlich ihrer alle die Grundsätze, die überhaupt in Bezug auf Willenserklärungen bestehn. Da, wo eine Form vorgeschrieben ist, muß diese beobachtet werden, sonst tritt trotz des erklärten entgegengesetzten Willens, der ja auch durch die formlose Erklärung offenbar geworden ist, doch die rechtliche Folge ein; so kann z. E. die Intestaterbfolge nur ausgeschlossen werden durch formelle Erbeinsetzung, das ius accrescendi durch Ernennung eines Substituten im Testament. Bei einer praesumtio voluntatis, bei der das Vorhandensein des Willens wirkliche Voraussetzung ist, ist das anders. Hier handelt es sich nicht um den Beweis einer selbständigen entgegengesetzten Willenserklärung, hinsichtlich deren alle Erfordernisse gewahrt sein müssen, sondern nur um den Beweis des Nichtwollens, um das Offenbarsein eines andern Willens; auf die Form aber, in welcher dies zu Tage tritt, kommt nichts an. So ist im Fall der l. 102. de C. et D., im Fall der substitutio tacita eine besondere Form für die Erklärung eines andern Willens nicht erforderlich. Hätte z. E. der Erblasser in einem spätern Testament erklärt, das Universalfideicommiß solle auf jeden Fall von seinem Sohne ausgezahlt werden, möge er mit Hinterlassung von Kindern versterben oder nicht, oder der seinem unmündigen Kind pupillariter Substituirte solle nicht auch sein Erbe sein, und dieses Testament wäre wegen eines Formfehlers nichtig, so würde doch von einer Anwendung des l. 102., von einem Eintritt der substitutio vulgaris tacita keine Rede sein können. — In diesen Fällen ist also der Unterschied ganz klar. Bedarf es hingegen einer solchen Form nicht, dann wird allerdings der Gegenbeweis gegen die praesumtio voluntatis und der gegen eine Dispositivvorschrift häufig gleich sein. Denn auf der einen Seite ist zum Ausschluß der Anwendbarkeit einer solchen Dispositivnorm keineswegs immer

eine ausdrückliche Willenserklärung erforderlich, sondern es kann der Wille auch stillschweigend durch concludente Handlungen erklärt sein [19]), z. E. wenn der Verkäufer vor dem Kaufabschluß sagt, er sei über sein Recht an dem Kaufobject nicht ganz sicher und verkaufe dasselbe darum so billig und der Käufer schließt ohne irgend welche Gegenerklärung den Vertrag ab; auf der andern Seite kann auch bei Präsumtionen der Beweis eines entgegenstehenden Willens nicht geführt werden, wenn dieser Wille nicht sichtbar geworden ist. Dazu wird aber meist eine Erklärung nothwendig sein, so daß also bei Präsumtionen wie bei Dispositivnormen der Gegenbeweis bezüglich der Beweis des Gegentheils regelmäßig auf die Erklärung eines andern Willens, ausdrückliche oder stillschweigende, gerichtet sein muß, welchenfalls dann die Grundsätze hinsichtlich beider gleich sind. Aber es besteht doch auch hier (also abgesehn von dem im obigen Fall, wo die Willenserklärung einer besondern Form bedarf, eintretenden Unterschied) eine Verschiedenheit zwischen Dispositivnorm und praesumtio voluntatis. Bei jener ist nämlich zu Ausschließung der rechtlichen Folge immer eine Erklärung, wenn auch nur eine stillschweigende durch Interpretation zu findende, nöthig, während es bei dieser wenigstens vorkommen kann, daß sie durch den Beweis anderer Umstände als des erklärten Willens ausgeschlossen wird. Ein Beispiel wird genügen. Ich halte die Fälle des mandatum praesumtum [20]) für wirkliche materielle Präsumtionen. Gewissen Personen wird das Recht eingeräumt, Andere im Proceß zu vertreten, weil sie in einer so nahen Beziehung zu dem zu Vertretenden stehn, daß dessen Wille, sich durch dieselben vertreten zu lassen, wahrscheinlich ist. Das wirkliche Vorhandensein dieses

---

[19]) Darüber, daß dann, wenn in einem Gesetz ausdrückliche Erklärung (nisi verbis exprimatur, nisi specialiter expresserit u. ä.) verlangt wird, nicht gerade das entsprechende Wort z. E. im Fall des l. ult. C. de nov. das Wort novatio gebraucht werden muß, cfr. Heyne de vol. tac. §. 2. N. 2.

[20]) l. 1. §. ult. de postul. 3. 1. l. 35. pr. de procur. 3. 3. l. 12. 21. C. eod. 2. 13. l. 2. C. de consort. eiusd. lit. 3. 40. l. 8. pr. de neg. gest. 3. 5.

Willens ist aber doch die Voraussetzung dieses Rechts, es wird dies nur vom Gesetz präsumirt. Wird das Nichtvorhandensein dieses Willens bewiesen, d. h. nicht etwa das Nichterklärtsein dieses Willens, sich durch dieselben vertreten zu lassen, sondern das Nichtsein desselben, also der entgegengesetzte Wille, sich nicht vertreten zu lassen, so erkennt der Richter diesen Personen die Befugniß ab und es bedarf dazu nicht des Beweises einer besonderen Erklärung des Willens, sich nicht vertreten zu lassen, sondern überhaupt nur des Beweises, daß der zu Vertretende es nicht wolle. Dieses Nichtwollen kann aber durch andere Umstände bewiesen werden und zwar ist hier wieder nicht ein stricter Beweis erforderlich, sondern die Wahrscheinlichkeit kann dem Richter genügen, z. E. wenn bewiesen wird, daß zwischen dem kraft des mandatum praesumtum als Vertreter Auftretenden und dem zu Vertretenden Todfeindschaft besteht. Daher sagt Pomponius in l. 40. §. 4. de procur. 3. 3.: In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit, contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, debere eos repelli. Ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur quamvis de rato offerant cautionem [21]).

## Fünftes Capitel.

## Sonstige Grundsätze.

### §. 33.

### Collision der Präsumtionen.

Die wichtigsten Grundsätze über die Präsumtionen, über Begriff, Veranlassung und Voraussetzung, Gegenstand und Wirkung derselben haben wir hiermit beendet. Es bleiben uns noch einige specielle Fragen übrig, deren Berücksichtigung die Darstellung jener

[21]) Nur wenn Jemand zum Tod verurtheilt ist, steht es nicht blos ohne Mandat, sondern sogar gegen den Willen des Verurtheilten Jedem aus dem Volke frei, gegen das Erkenntniß zu appelliren. l. 6. de appell. 49. 1.

Fundamentalsätze gestört haben würde und die nun nach Besprechung derselben noch kurz berührt werden sollen. Die erste ist die Frage über die Collision der Präsumtionen.

Im Allgemeinen ist das zu unterschreiben, was Weber (§. 12.) über diese Frage gesagt hat. Vom Standpunct der Präsumtionstheorie, wonach hinsichtlich jeder Thatsache eine Präsumtion bestehen muß, entweder eine positive oder eine negative, sowie nach der Lehre, welche der blos menschlichen Wahrscheinlichkeit eines Umstandes den Stempel der gesetzlichen Präsumtion aufdrückte, blos darum und schon dann, weil und wenn sich eine Entscheidung nach der Wahrscheinlichkeit in den Quellen fand oder nach der subjectiven Anschauung der Schriftsteller in denselben finden sollte: mußte man, da man sich der Ueberzeugung nicht zu verschließen vermochte, daß die aufgestellten Präsumtionen doch nicht in allen Fällen zur Anwendung kommen konnten und daß häufig die eine Präsumtion der andern geradezu widersprach, dahin gelangen, die Frage aufzuwerfen, wie dann, wenn sich zwei widersprechende Präsumtionen gegenüberstanden, die jedenfalls nicht beide in einem concreten Fall anwendbar waren, zu entscheiden sei, also welche von den beiden Präsumtionen der andern vorgehe. So finden wir bei den ältern Schriftstellern mit mehr oder weniger Ausführlichkeit die Frage de conflictu oder collisione praesumtionum behandelt. Daß eine Präsumtion die andere aufheben könne, war anerkannt: praesumtio tollit praesumtionem, sicut clavus trudit clavum, wie es mit einer nicht gerade sehr ästhetischen Vergleichung heißt. Darüber aber, welcher Präsumtion die aufhebende Wirkung zukomme, herrschte nicht nur große Meinungsverschiedenheit, sondern auch vollständige Unklarheit, wie es bei den falschen Grundlagen dieser Lehre nicht anders möglich war. Das, was Menoch[1]) hierüber sagt, wird genügen, um ein Bild davon zu geben: „Wenn eine specielle vom Gesetz gebilligte Präsumtion im Widerspruch mit einer praesumtio hominis ist, geht unzweifelhaft die erstere vor, doch kann eine stärkere praesumtio hominis sogar eine praesumtio iuris aufheben; wenn zwei praesumtiones iuris oder zwei prae-

[1]) Lib. 1. qu. 29. cfr. auch qu. 30. und Arb. iud. Lib. II. cas. 472.

sumtiones hominis sich widersprechen, so greift das Ermessen des Richters Platz, es werden aber folgende Präsumtionen für stärker gehalten: diejenige, wodurch das Rechtsgeschäft erhalten bleibt, die, welche benignior ist, welche iuri communi inhaeret, welche mehr mit der Wahrscheinlichkeit übereinstimmt, die, welche für den Beklagten spricht, die wodurch Absurdes und Unbilliges vermieden wird, ferner ist die, welche a substantia provenit stärker als die a solennitate, die specielle stärker als die generelle, die negative stärker als die affirmative und doch wieder die vom factum stärker als die vom non factum, die in naturali ratione fundata stärker als die in civili ratione fundata u. s. w." Nach solchen Regeln, die sich selbst wieder widersprechen, soll der Richter entscheiden, welcher Präsumtion der Vorzug zukomme! Weniger confus aber nothwendigerweise auch falsch ist die Darstellung bei Böhmer, der dieser Frage eine besondere Abhandlung de collisione praesumtionum widmet [2]). Die Hauptregel ist nach ihm, daß die generelle Präsumtion der speciellen weichen muß, z. E. die Präsumtion mutatio non praesumitur wird aufgehoben durch die aus dem Durchstreichen des Testaments hervorgehende Präsumtion der mutatio; beim Zusammentreffen specieller Präsumtionen geht aber die violenta allen übrigen vor, z. E. solutio non praesumitur, sed tamen praesumitur solutio, ubi chirographum est cancellatum und zwar deßhalb, weil summa praesumtio est pro liberatione et summus eius favor! Am richtigsten ist, was er über die Collision der praesumtiones hominis sagt: has in arbitrio iudicis positas esse iudico, qui tanquam vir bonus ex circumstantiis prospiciet, an tales sint, ut exinde sententia sua litem decidere possit [3]).

In der neuern Zeit verschwindet diese Frage nach der Collision der Vermuthungen immer mehr, und mit Recht, denn es fehlt einer solchen in der That an jedem Boden.

Zunächst ist das der Fall bei den praesumtiones hominis. Eine solche auf blos menschlicher Wahrscheinlichkeit beruhende durch

[2]) Exerc. ad. Pand. Tom. IV. p. 241. squ.

[3]) l. cit. cap. II. §. 18.

keinen Rechtssatz sanctionirte Annahme des Richters ist keine feststehende Norm. Wo der Richter die Wahrscheinlichkeit berücksichtigen darf, da entscheidet er nach den ihm vorgelegten Umständen des concreten Falls, seine Ueberzeugung ist das Gesammtergebniß aus dem ganzen Vorbringen der Parteien, nicht eine von vornherein durch die Wahrscheinlichkeit eines behaupteten Umstands begründete; je nach dem vorgelegten Material erscheint ihm in dem einen Fall das eine, in dem andern das andere als wahrscheinlich; wird die Sachlage durch irgend einen Umstand verändert, dann ist eben nicht mehr jenes wahrscheinlich, sondern dieses. Von einer festen Norm, die objectiv feststände und ihn von vornherein bände und zu deren Aufhebung es eines besondern Beweises bedürfte, ist hier nicht die Rede und das wäre doch die unerläßliche Voraussetzung für jede wahre Collision.

Eine solche feste Norm haben wir nun zwar bei den sogenannten praesumtiones iuris, aber hier findet aus einem andern Grunde keine Collision statt.

Gehn wir zunächst von dem Fall einer Collision zwischen praesumtiones hominis und iuris aus. Wenn wirklich die Voraussetzung einer solchen praesumtio iuris vorliegt, dann genügt die Präsumtion dem Richter, der sie befolgen muß, wie jeden andern durch Zeugen oder Urkunden geführten Beweis. Hiergegen ist der Gegenbeweis denkbar und zulässig. Dieser Gegenbeweis kann nach Obigem bisweilen schon erbracht sein, wenn das Gegentheil des vom Gesetz Präsumirten wahrscheinlich gemacht wird, wenn Umstände angeführt werden, welche die Sachlage so verändern, daß die Annahme des Gesetzes im concreten Fall als ungerechtfertigt erscheint, Umstände, welche die einfache Voraussetzung, unter der das Gesetz die Präsumtion aufstellt, in einer Weise aufheben, daß auf diesen Fall die Bestimmung des Gesetzes nicht paßt, wie dies z. E. in Bezug auf die Präsumtion der l. 102. de C. et D. und die substitutio tacita oben erörtert worden ist. Will man diese Ueberzeugung des Richters praesumtio hominis nennen, so kann man wohl sagen, eine praesumtio iuris könne bisweilen durch eine praesumtio hominis aufgehoben werden; das aber ist keine Collision. Diese praesumtio hominis ist immer nur das Erzeugniß

des concreten Falls, keine feststehende Norm; man kann nicht eine besondere Theorie, so wenig wie im Allgemeinen über praesumtiones hominis, über die Collision zwischen diesen und praesumtiones iuris aufstellen. Die Frage nach der Collision ist hier keine andere als die, ob die wahren Präsumtionen Gegenbeweis zulassen und wie dieser beschaffen sein muß[4]).

Was endlich die Collision einer praesumtio iuris mit einer praesumtio iuris anbetrifft, so ist, wenn man nur festhält, unter welchen Voraussetzungen überhaupt von einer praesumtio iuris gesprochen werden darf, ohne weiteres klar, daß es eine solche nicht geben kann. Wenn nach einem Gesetz ein bestimmter Umstand ohne den sonst erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen werden soll, so kann nicht ein anderes Gesetz unter der gleichen Voraussetzung gerade den entgegengesetzten Umstand als bewiesen anzunehmen vorschreiben. Käme das aber wirklich vor, so würde es sich nicht um eine Collision der Vermuthungen, sondern um eine Antinomie handeln, die nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt werden müßte. Inwiefern zwei Präsumtionen collidiren können, wenn sich entgegenstehende Gesetze verschiedener Länder in Frage kommen, werden wir im folgenden Paragraphen sehen.

## §. 34.

### Sonstige materiellrechtliche Fragen.

Da die civilistischen Präsumtionen i. e. S. wahre Rechtssätze, nur mit eigengeartetem Inhalt, sind, so gelten im Allgemeinen die gewöhnlichen Grundsätze über Rechtsnormen überhaupt, soweit nicht durch diesen besondern Inhalt eine Modification bewirkt wird. In Bezug hierauf bedürfen einige Puncte, die zu Zweifeln Veranlassung geben könnten, einer Besprechung.

Obgleich der Schwerpunct der Präsumtionen im Proceß liegt, gehören sie doch dem materiellen Recht an. Dies wird wichtig für den Fall einer Collision der Statuten und damit verwandte Fragen. Der Richter, vor welchem ein Rechtsstreit geführt wird,

---

[4]) Siehe auch Collmann §. 27.

berücksichtigt, was die processualischen Grundsätze z. E. Form der Klage, Nothwendigkeit der Angabe der Beweismittel in der Klage, freie oder legale Beweistheorie ꝛc. anbetrifft, lediglich die Gesetze seines Landes; hinsichtlich der materiellen Grundsätze bringt er aber regelmäßig, soweit nicht besondere Ausnahmen begründet sind, das Recht desjenigen Raumes zur Anwendung, welchem das Rechtsverhältniß seinem Wesen nach angehört, also nach der neuern Terminologie die statuta personalia, realia oder mixta. Und das muß auch hinsichtlich der Präsumtionen gelten. Denken wir uns den Fall: ein Preuße kauft von einem Mecklenburger auf einem in Hannover abgehaltenen Pferdemarkt ein Pferd; in Hannover besteht die Präsumtion, daß Fehler, die innerhalb einer gewissen Zeit nach dem Contractsabschlusse zum Vorschein kommen, schon zur Zeit desselben bestanden haben. Nehmen wir nun an, der Käufer erhebe wegen eines innerhalb der betreffenden Zeit offenbar gewordenen Mangels Klage bei einem mecklenburgischen Gericht, wo diese Präsumtion nicht gilt. Hier sind entschieden nicht die einheimischen Gesetze des Richters, welche diese Präsumtion nicht kennen oder welche vielleicht eine andere Zeit bestimmen, anwendbar, sondern die Gesetze des Orts des Contractsabschlusses. Oder setzen wir den Fall: Jemand der in einem Land des gemeinen Rechts sein Domicil hat, errichtet in einem Lande, welches eine Codification besitzt und in dem die Anwendung des gemeinen Rechts ausgeschlossen ist, ein Testament und legt darin seinen zum Erben eingesetzten Sohn ein Universalfideicommiß für den Fall seines Todes auf; hier gilt doch die Bestimmung der l. 102. de C. et D. und Gleiches muß man hinsichtlich der substitutio tacita sagen. Wenn Jemand im siebenten Monat der Ehe geboren ist von Eltern, die zur Zeit der Geburt in einem Land des gemeinen Rechts domicilirt waren, und es wird ihm in einem Land, dessen Gesetze die daraus entspringende Präsumtion nicht kennen, die Ehelichkeit bestritten, so kommt doch die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant zur Anwendung. Auch durch eine spätere Veränderung des Domicils wird ihm das Recht sich auf diese Präsumtion zu berufen nicht entzogen; das Recht, als eheliches Kind

zu gelten ist für ihn mit der Geburt erworben, es ist nicht eine blose Exspectanz, welche erst durch die Bestreitung der Kindesqualität zu einem concreten wirklich existenten Recht wird, sondern es ist ius quaesitum im Augenblick der Geburt. Wenn Ehegatten ihr Domicil später an einen andern Ort verlegen, an welchem die praesumtio Muciana nicht gilt, so entscheidet in gleicher Weise das Recht des bisherigen Domicils, wenigstens hinsichtlich der bis zu diesem Zeitpunct erworbenen Sachen; ob auch hinsichtlich der später erworbenen, das hängt mit der Frage zusammen, ob das Recht des alten Domicils in Bezug auf die Güterverhältnisse der Ehegatten auch am neuen Domicil fortbesteht oder nicht. — Wenn Vater und Sohn in gemeinsamer Gefahr sterben, so ist, wenn der Sohn in patria potestas steht, einfach das Domicil des Vaters entscheidend, an welchem ja der Sohn sein domicilium necessarium hat. War aber der Sohn emancipirt und hat er ein selbständiges Domicil, oder stirbt die Mutter zusammen mit einem Kind, welches ein anderes Domicil hat, und es gilt an dem einen Ort die gemeinrechtliche Präsumtion, am andern nicht, wie dann? Betrachten wir die Gestaltung dieser Frage an concreten Fällen, so werden wir die Entscheidung finden. Wenn das mit seiner Mutter verstorbene Kind mündig war und in einem Testamente bestimmt hat: „wenn meine Mutter vor mir stirbt, soll X Erbe sein; wenn ich aber früher sterbe als meine Mutter, soll mich diese allein beerben", so fragt es sich, ob X Erbe ist oder ob die Erben der Mutter (nach den Grundsätzen der transmissio Justinianea) einen Anspruch auf die Erbschaft des Kindes haben. Wenn am Domicil des Kindes die Präsumtion gilt, dann ist X unzweifelhaft Erbe, er hat den Beweis der Erfüllung der Bedingung durch die Präsumtion erbracht; gilt die Präsumtion nicht, so greifen die gewöhnlichen Grundsätze Platz, wonach derjenige, welcher einen Anspruch auf eine Thatsache stützt, dieselbe beweisen muß; kann dieser Beweis weder von den Erben der Mutter noch von X erbracht werden, so bekommt eben keiner von beiden Theilen die Erbschaft aus dem Testament, sondern es tritt Intestaterbfolge ein. Würde umgekehrt die Mutter eine derartige Disposition getroffen haben, so würde das Recht ihres

Domicils in gleicher Weise zur Anwendung kommen und eventuell in ihren Nachlaß die Intestaterbfolge eröffnet werden. Dabei entsteht aber wieder die Frage: wer ist denn Intestaterbe, wenn beide, Mutter oder Vater auf der einen, und das Kind auf der andern Seite, gegenseitig die nächsten Intestaterben waren? Sind die Eltern Erben des Kindes oder ist das Kind Erbe der Eltern geworden, so daß die Erben der Eltern auch die Erbschaft des Kindes bezüglich die Erben des Kindes auch die Erbschaft der Eltern als von ihrem Erblasser erworben in Anspruch nehmen können? Wirklich erworben ist allerdings gemeinrechtlich die Erbschaft nur in dem einen Fall, wenn ein suus heres seinen paterfamilias überlebt hat, (weil sonst zum Erwerb Antretung Seitens des Ueberlebenden erforderlich ist und eine derartige Willenserklärung bei solcher Gelegenheit stets fehlen oder doch jedenfalls deren Vorhandensein nie zu beweisen sein wird) und gerade in diesem Fall kann nur das eine Domicil des paterfamilias in Frage kommen; aber es könnte einmal particularrechtlich bestimmt sein, daß die Erbschaft stets ipso iure erworben werde, und dann ist doch der Umstand, ob den Eltern die Erbschaft des Kindes oder dem Kind die Erbschaft der Eltern deferirt ist, auch gemeinrechtlich wichtig wegen der transmissio Justinianea, indem in dem einen Fall die Erben des Kindes, im andern die Erben der Eltern in die an jenes oder an diese erfolgte Delation succediren. Man könnte nun sagen: Treten die Erben des mündigen Kindes, an dessen Domicil die Präsumtion gilt, klagend auf, so können sie sich auf die Präsumtion berufen und dadurch ihren Anspruch beweisen; klagen die Erben der Eltern, deren Personalstatuten eine solche Präsumtion nicht kennen, so müssen sie den Beweis des Ueberlebens der Eltern mit den gewöhnlichen Beweismitteln führen. Aber damit wären in der That die Zweifel nicht entschieden. Es drängt sich die Frage auf: hat im letztern Fall der Beweis ganz den Character des Hauptbeweises, so daß er auch durch Eidesdelation geführt werden kann? Würde dadurch nicht dem Beklagten ein Recht, welches ihm durch die Thatsache des Zusammensterbens bereits concret erworben ist, wieder entzogen und beeinträchtigt, greift hier nicht der oben erörterte Satz ein: praesumtio durius actorem

onerat probatione? Und auf der andern Seite: kann den Erben der Eltern ihr Recht, durch die gewöhnlichen Beweismittel zu beweisen, durch ein nur am Domicil des Kindes geltendes Recht entzogen werden? Um dies auf die Spitze zu treiben, wollen wir noch den Fall setzen, daß an dem Domicil der Eltern gerade die entgegengesetzte Präsumtion gelte, wonach die Kinder, auch die mündigen, stets als vor den Eltern verstorben angenommen werden sollen! Hier kann man nur sagen: beati possidentes! —

An diesem Ort mag auch die Frage aufgeworfen werden, ob das Gegentheil einer Präsumtion selbst wieder eine Präsumtion ist. Die Frage ist gewiß zu verneinen. Wenn infolge positiver Bestimmung das Sein eines gewissen Umstands ohne den sonst erforderlichen Beweis als bewiesen angenommen werden soll, falls gewisse factische Voraussetzungen vorhanden sind, so ist damit nicht ohne Weiteres gesagt, daß beim Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen das Nichtsein dieses Umstands ohne Beweis angenommen werden solle. Es tritt vielmehr dann nur die gewöhnliche Regel ein, wonach derjenige, welcher auf das Sein oder Nichtsein eines Umstands einen Anspruch stützt, beweispflichtig ist. Wenn der Rechtssatz lautet: beim chirographum a creditore redditum wird Erlaß der Schuld präsumirt, kann man nicht argumentiren: bei chirographum non redditum wird Nichterlaß präsumirt, so daß etwa der Beweis des Beklagten, ihm sei die Schuld erlassen worden, ein Beweis gegen eine Präsumtion und nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen wäre. Wenn beim Zusammensterben von Eltern und Kindern in gemeinsamer Gefahr die unmündigen Kinder als vor, die mündigen als nach den Eltern verstorben präsumirt werden, kann man beim Zusammensterben von Personen, die nicht im Verhältniß von Ascendenten und Descendenten stehn, nicht sagen, es werde präsumirt, daß sie gleichzeitig verstorben seien; der Satz der l. 19. pr. de R. D. — si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emiserit, non videtur alter alteri supervixisse, bedeutet nur, daß wenn ein Anspruch sich auf den frühern oder spätern Tod stützt und dieser nicht bewiesen werden kann, es rechtlich so ist,

als habe keiner den andern überlebt, wie ja in allen Fällen, wo ein Umstand bewiesen werden muß und dieser Beweis nicht erbracht wird, der Richter es so ansieht, als existire dieser Umstand nicht. Die Stellen des römischen Rechts, die man für diese angebliche Präsumtion des gleichzeitigen Todes angeführt hat, lassen sich alle in der Weise erklären, daß der gerichtlich geltend gemachte Anspruch von dem frühern oder spätern Tod abhängig ist und die Unmöglichkeit des Beweises dieses Umstandes vorausgesetzt wird. So ist es auch gewiß unrichtig, aus der Präsumtion des Todes eines Verschollenen zu einem bestimmten Zeitpunct die umgekehrte Präsumtion abzuleiten, daß er bis zu diesem Zeitpunct lebe, bezüglich gelebt habe. — Mit dieser Auffassung würde man wieder einen Schritt zu der alten verkehrten Lehre zurückthun, wonach für jede Thatsache eine Präsumtion, eine positive oder eine negative, bestehn sollte, wie ich noch neuerdings in dem Erkenntniß eines obersten Gerichtshofs die Argumentation ausgesprochen gefunden habe: „Besitzverlust wird nicht präsumirt, daher wird Fortdauer des Besitzes präsumirt“; also mutatio non praesumitur gleich nonmutatio praesumitur! — Eine Präsumtion könnte man mir entgegenhalten, nämlich die, daß der septimo und der decimo mense natus als eheliches Kind präsumirt werde. Wenn das Kind nun vor dem siebenten Monat nach Eingehung und nach dem zehnten Monat nach Endigung der Ehe geboren wird, da greift doch, könnte man sagen, die Präsumtion Platz, daß es außerehelich erzeugt sei. Auch das nicht. Durch den Beweis des Früher- oder Spätergeborenseins ist unumstößliche Gewißheit erbracht. Denn im concreten Fall wird es sich immer so gestalten, daß derjenige, dem die Ehelichkeit bestritten wird, zum Beweis der Ehelichkeit genöthigt wird. Wenn z. E. ein Kind des Erblassers als Intestaterbe gegen einen angeblichen Bruder auftritt und von ihm unter Bestreitung seiner Eigenschaft als eheliches Kind des Erblassers Herausgabe der von ihm besessenen Sachen verlangt, so braucht Kläger zunächst nur seine Sohnesqualität zu beweisen; bestreitet ihm Beklagter das Recht auf den ganzen Nachlaß, weil auch er eheliches Kind sei, so würde er diesen Umstand beweisen müssen. Stände nun fest, daß Beklagter schon im sechsten

oder erst im elften Monat geboren sei, so findet die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant keine Anwendung, weil es an ihren factischen Prämissen fehlt. Beklagter könnte also nur den Beweis führen, daß er doch vom Erblasser in der Ehe erzeugt sei; dieser Beweis ist aber nach physischen Gesetzen unmöglich, er wird nur erbracht mit Hilfe der Präsumtion, die Präsumtion hat aber eben diese bestimmten Voraussetzungen und diese liegen nicht vor. Es spricht also in diesem Fall keine Präsumtion für die Unehelichkeit, sondern das Kind wird nur als unehelich betrachtet deßhalb, weil der Beweis seiner Ehelichkeit unmöglich ist. —

Eine andere Frage ist die, ob die Präsumtionen eine Ausdehnung zulassen. Hierbei muß zunächst festgehalten werden, daß die Präsumtionem iura singularia sind, eine Ausnahme von den sonst geltenden Beweisregeln enthalten. Es ist nun heutzutag wohl allgemein anerkannt, daß auch bei solchen Rechtssätzen die Extensivinterpretation vollkommen statthaft ist, denn dieselbe ermittelt ja nur den wahren Willen und dieser muß bei Rechtssätzen des ius singulare nicht weniger als bei denen des ius commune zur Geltung kommen; der Ausspruch scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem[1]) bezieht sich nicht weniger auf jene, als auf diese. So lange man sich also in den Grenzen einer wirklich ausdehnenden Auslegung hält, kann man auch über die Worte des die Präsumtion enthaltenden Gesetzes hinausgehn. Wenn z. E. in l. 24. de R. D. gesagt ist: si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur, so sind wir berechtigt, dem Ausdruck mulier nach dem wahren Willen des Gesetzgebers das Wort parentes zu substituiren und die Präsumtion nicht gerade auf den Fall des Umkommens bei einem Schiffbruch zu beschränken. Wenn nach l. 3. C. de ap. publ. die Präsumtion der Zahlung früherer terminlicher Präftationen begründet, ist, si trium cohaerentium sibi annorum apochas securitatesque protulerit, so dürfen wir da, wo die Terminsleistungen nicht jährliche, sondern monatliche

[1]) l. 17. de legg. 1. 3.

sind, die Präsumtion annehmen: si trium cohaerentium sibi mensium apochas protulerit. Wenn in l. 24. h. t. von chirographum cancellatum die Rede ist, so versteht es sich, daß das Gleiche gilt, wenn der Schuldschein verbrannt oder sonst wie vernichtet wird. — Hingegen ein Generalisiren und Ausdehnen nach den Grundsätzen der Analogie ist wie bei Ausnahmegesetzen überhaupt so auch bei Präsumtionen entschieden unstatthaft, da die Analogie nur zur Aushilfe dient für Fälle, für welche eine Regel nicht vorhanden ist; hier ist aber eine solche — die allgemeine Beweisregel, daß, wer einen Anspruch erhebt, die zu seiner Begründung erforderlichen Thatsachen beweisen muß — schon vorhanden und diese würde durch die Erweiterung der Ausnahme, der Präsumtion, nur gestört werden [2]). Wie sehr die ältern Schriftsteller gegen diesen Grundsatz gefehlt haben, bedarf keiner besondern Darlegung, und daß es geschehen, darf uns nicht wundern; gegenüber der Aufstellung in den Quellen gar nicht begründeter Präsumtionen muß das analoge Ausdehnen wahrer Präsumtionen als das Minus erscheinen. Heutzutag wird die Unzulässigkeit der analogen Erweiterung der Präsumtionen wohl allgemein anerkannt und, um nur diese Beispiele anzuführen, die Ansicht Mühlenbruchs [3]) — daß die hinsichtlich der Commorienten aufgestellte Präsumtion nicht zu beschränken sei auf den Fall eines gleichzeitigen Todes Mehrerer und nicht auf den Fall eines Zusammensterbens von Ascendenten und Descendenten, sondern daß allgemein der frühere Tod des Unmündigen präsumirt werden müsse —, sowie die Ansicht von Gaedcke [4]) — daß die Präsumtion dahin zu erweitern sei, der Stärkere habe den Schwächern und insbesondere der Mann die Frau überlebt — entschieden verworfen. So muß man auch die früher ganz allgemein gelehrte Behauptung, daß die Bestimmung der l. 3. C. de ap. publ. auf Forderungen von Privatpersonen auszudehnen sei — abgesehen von der Frage, ob hier wirklich Identität des

---

[2]) Savigny Syst. I. p. 293.

[3]) Civ. Arch. IV. p. 391.

[4]) de iure comm. Rostock 1830. p. 37.

Grundes vorliege — aus dem gleichen Grund zurückweisen [5]). Etwas anderes wäre es natürlich, wenn sich, wie vielfach behauptet wird, in Bezug auf den letztern Fall ein dahingehendes Gewohnheitsrecht gebildet hätte, denn dann würde die Präsumtion auf einer selbständigen Rechtsquelle beruhen.

Eine objective Ausdehnung der Präsumtionen wegen Gleichheit des Grundes ist also unzulässig. Welches ist aber die Ausdehnung, der Umfang der Präsumtionen nach der subjectiven Seite? Oder mit andern Worten: gilt eine jede Präsumtion innerhalb ihrer objectiven Grenzen ganz allgemein, so daß sich auch Dritte auf dieselbe berufen können? In den meisten Fällen wird dies ganz unzweifelhaft sein. Bei Commorienten z. E. sind es immer Dritte, welche die Präsumtion geltend machen, so daß man hier eigentlich gar nicht von „Dritten" sprechen kann; die Präsumtion lautet eben allgemein: der Eine wird als früher verstorben angenommen. Jemand hat einer Frau ein Grundstück geschenkt unter der Resolutivbedingung „wenn sie nicht vor ihrem Kind stirbt", es fällt also an den Schenker zurück, wenn er den frühern Tod der Mutter beweist; die Mutter stirbt mit dem mündigen Kind zusammen, er kann sich zum Beweis der Existenz der Bedingung auf die Präsumtion berufen. Ebenso würden die Gläubiger eines Cridars oder die Legatare gegenüber dem auf die lex Falcidia sich stützenden und dabei diese Schulden mitzählenden Erben die aus dem chirographum cancellatum oder redditum oder aus den tres apochae publicae hervorgehende Präsumtion geltend machen können. Nicht so zweifellos ist dies aber bei der praesumtio Muciana. Können die Gläubiger des in Concurs gerathenen Ehemanns den von der Ehefrau während der Ehe gemachten Erwerb zur Masse ziehen oder können sie diese Sachen als Exekutionsobject in Anspruch nehmen und muß nun die Frau gegen sie als Separatistin ex iure dominii resp. als Intervenientin auftreten und ihr Eigenthumsrecht beweisen? Gegenüber der gerichtlichen Beschlagnahme wird allerdings die Frau regelmäßig als Klägerin auftreten und beweisen müssen, so daß für

[5]) S. hierüber Gesterding civ. Arch. IV. p. 9. ff.

diesen Fall die Frage ihr Interesse verliert; wenn aber die Gläubiger gegen die im Besitz befindliche Frau den Anspruch auf Herausgabe der Sachen als dem Mann gehörig erheben, können sie sich auf die Präsumtion stützen und von der Beklagten den Beweis verlangen, daß die Sachen nicht durch Schenkung des Mannes an sie gekommen sind? Die Antwort hängt davon ab, ob man diese Präsumtion als blos zu Gunsten des Mannes eingeführt ansieht oder nicht. Nun ist aber das letztere durch das die Präsumtion enthaltende Gesetz [6]) selbst ausgesprochen, indem als Grund der Präsumtion angegeben wird: evitandi turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. Damit stimmt auch die generelle Fassung: »cum in controversiam venit« überein. — Darum darf man aber auch da, wo eine Präsumtion lediglich zum Vortheil eines bestimmten Individuums eingeführt ist, die Berufung auf dieselbe Andern nur dann gestatten, wenn jener nicht dadurch benachtheiligt wird. Die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant bezweckt den Vortheil der Kinder, obgleich sie nicht blos von den Kindern gegenüber dem Vater, sondern auch von diesem gegenüber den Kindern, z. E. wenn er die patria potestas über dieselben und die daraus hervorgehenden Rechte zu haben behauptet, geltend gemacht werden kann. Wenn nun aber particularrechtlich der Satz besteht, daß durch das Factum der fleischlichen Vermischung innerhalb einer gewissen Zeit die Verpflichtung für den Concumbirenden begründet werde, das in der entsprechenden Zeit geborene Kind zu alimentiren, so kann dieser gegenüber dem seine Alimentenansprüche verfolgenden Kind sich nicht darauf berufen, daß die Frau eine Ehefrau sei und infolge jener Präsumtion das Kind als eheliches gelten müsse [7]).

Mit dieser Frage hängt die andere zusammen, ob Verzicht auf eine Präsumtion zulässig ist. Daß derjenige, für den eine Präsumtion spricht, in einem anhängigen Processe auf die in concreto begründete Präsumtion verzichten und den Beweis auf gewöhnliche Weise zu

---

[6]) l. 51. de don. i. v. et ux. 24. 1.

[7]) Heimbach Lehrb. des partic. Privatrechts Bd. I. §. 112. A. 1.

führen versuchen kann, versteht sich von selbst, insofern dadurch nicht etwa in fraudem legis gehandelt wird, wie dies z. E. bei der praesumtio Muciana möglich wäre. Zum Nachtheil eines Andern, der sich auch auf die Präsumtion berufen kann, wirkt ein Verzicht natürlich nie. Wenn der die patria potestas über seine Kinder in Anspruch nehmende Ehemann auf die Präsumtion der Ehelichkeit des im siebenten Monat geborenen Kindes verzichtet und demzufolge die aus der väterlichen Gewalt entspringenden Rechte nicht erlangt, so ist damit diesem Kinde das Recht nicht entzogen, die Erbschaft des Vaters als wegen seiner Eigenschaft als suus heres ipso iure erworben zu beanspruchen. Eine beim Abschluß der Ehe vom Ehemann ausgesprochene Verzichtleistung auf die praesumtio Muciana würde nicht nur den Gläubigern des Ehemanns gegenüber keine Wirkung äußern, sondern den Ehemann selbst nicht binden, weil dadurch der Zweck des Gesetzes, welches ja nicht etwa allein im Interesse des Ehemanns aufgestellt ist, vereitelt werden würde.

## §. 35.

### Processualische Grundsätze.

Auf die processualischen Grundsätze gehe ich nicht näher ein[1]). Nur die eine Frage, ob und wie der Vermuthungshaber sich auf die Präsumtion berufen muß, soll hier berührt werden. Die älteren Schriftsteller besprechen ausführlich das Erforderniß der Allegation der Präsumtion, zeigen aber hierbei wieder, wie wenig sie über das, was Präsumtion eigentlich ist, klar sind, denn sie werfen praesumtio iuris und hominis, factische Voraussetzung der Präsumtion und den Schluß selbst, Angabe des zu Begründung des Anspruchs gehörigen Umstands und den Rechtssatz, der diesen Umstand ohne Beweis anzunehmen vorschreibt, durcheinander. Als

[1]) Siehe darüber Bolgiano Zeitschr. für Civ.-R. und Proc. N. F. Bd. X. pag. 266. ff., auch Bd. XIX. pag. 372. Inwiefern ich mit seiner Darstellung namentlich hinsichtlich des gegen die Präsumtionen zu führenden Gegenbeweises einverstanden bin, inwiefern nicht, ergiebt sich aus den obigen Erörterungen.

Beispiel dafür mag wieder Menoch[2]) dienen: „die praesumtio hominis muß dem Richter immer allegirt werden, da sie ihm ganz und gar unbekannt ist (und dabei wird die Frage aufgeworfen, ob dies expressim oder tacite geschehen kann und darf!); bei der praesumtio iuris muß man unterscheiden: entweder ist es eine Präsumtion ex proprio facto z. E. error, Erbschaftsantritt, olim dominus hodie dominus, ex possessione dominium etc., hier ist Allegirung nöthig, weil derjenige, zu dessen Gunsten eine Präsumtion spricht, sie unterstützen und zeigen muß, daß er von ihr Gebrauch machen will; Gleiches gilt aber auch bei einer praesumtio ex nullius facto z. E. daß ein Mensch 100 Jahr lebe; oder es ist eine praesumtio ex facto adversarii oder ex facto utriusque, hier bedarf es keiner Allegirung!"

Gehn wir davon aus, daß dasjenige, was zur thatsächlichen Begründung eines Anspruchs gehört, auch angeführt und eventuell bewiesen werden muß. Iura noscit curia, der Rechtssatz, welcher auf das angeführte Factum anzuwenden ist, braucht nicht allegirt zu werden, es genügt, wenn der geltend gemachte Anspruch durch die behaupteten Thatsachen nach den Bestimmungen des objectiven Rechts als begründet erscheint. Die Thatsachen selbst aber müssen nothwendig angeführt werden. Handelt es sich um sogenannte praesumtiones hominis, also um die Wahrscheinlichkeit einer Thatsache, so kann dies gar keinem Zweifel unterliegen; auf der einen Seite ist mit der Behauptung der Wahrscheinlichkeit einer Thatsache natürlich auch diese selbst angegeben, auf der andern müssen zum künstlichen Beweis derselben die Umstände beigebracht werden, welche dieselbe mindestens zur Wahrscheinlichkeit erheben, wie z. E. im Fall der l. 17. de usur. oder der l. 26. h. t. Eine besondere Berufung auf die Wahrscheinlichkeit ist so entbehrlich, wie die Berufung darauf, daß, wenn zwei Zeugen über eine Thatsache übereinstimmend aussagen, dieselbe bewiesen sei. — Bei einer civilistischen Präsumtion haben wir es nun mit einem Rechtssatz zu thun, auf welchen der Ausspruch narra mihi factum, ego tibi narrabo ius nicht weniger anwendbar ist als auf andere. Das

---

[2]) l. c. I. qu. 48.

Bestehn des Rechtssatzes, der sogenannten praesumtio iuris, bedarf keiner Allegirung von Seiten der Parteien; es ist z. E. vollkommen überflüssig, wenn der die Einrede des Erlasses vorschützende Beklagte sagt: die Schuld ist mir erlassen, dies beweise ich dadurch, daß der Gläubiger mir den Schuldschein zurückgegeben hat, denn es besteht die Präsumtion, daß die Schuld als erlassen gilt, wenn der Schuldschein zurückgegeben worden ist. Diese Motivirung ist entbehrlich, der Richter muß die Präsumtion kennen und muß sie anwenden, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Daß der Vermuthungshaber von ihr Gebrauch machen will, ergiebt sich daraus, daß er sich auf die Voraussetzungen derselben beruft. Auf die Voraussetzungen muß er sich aber berufen, weil sonst die Unterlage für die Anwendung des Rechtssatzes fehlt; er muß es nicht weniger, als z. E. der die Herausgabe einer Sache Fordernde die Thatsachen anführen muß, auf welche er das Recht die Sache zu fordern stützt. — Es entsteht aber hier die Frage — und diese ist es, welche in neuerer Zeit Gegenstand der Besprechung geworden ist —: wenn der Vermuthungshaber nicht die eigentlich seinen Anspruch begründende Thatsache z. E. Erlaß der Forderung, sondern die Voraussetzung anführt, mit welcher allerdings nach gesetzlicher Vorschrift jene Thatsache als bewiesen angenommen werden soll, z. E. Rückgabe des Schuldscheins, ist dies genügend? und wenn man es für genügend erklärt, worauf ist dann der Gegenbeweis zu richten? blos gegen die Prämisse: es sei nicht wahr, daß der Schuldschein vom Gläubiger zurückgegeben worden sei, oder gegen den kraft rechtlicher Bestimmung daraus hervorgehenden Schluß: es sei nicht wahr, daß die Schuld erlassen worden sei?

Ich glaube, daß man in Bezug auf die erste Frage verschiedene Fälle unterscheiden muß. Es ist früher erwähnt worden, daß es für den Begriff der Präsumtion keinen Unterschied macht, ob die Thatsache direct präsumirt wird, z. E. der impubes gilt als vor dem Vater verstorben, oder ob gleich die rechtliche Folge ausgesprochen ist, welche nach andern Rechtssätzen mit der präsumirten Thatsache verbunden ist, z. E. der septimo mense natus gilt als eheliches Kind. In beiden Fällen wird es regelmäßig nicht vorkommen, daß der Vermuthungshaber, der ja einen recht-

lichen Anspruch geltend macht und ein Petitum formulirt, nicht den Anspruch selbst bezeichnet, z. E. das Recht, den Nachlaß zu erhalten, als eheliches Kind anerkannt zu werden u. s. w. Und so macht doch auch der Beklagte, der gegenüber der Forderung des Klägers sagt, der Schuldschein sei ihm zurückgegeben worden und er bitte deßhalb, die Klage abzuweisen, im Zusammenhalt mit der Präsumtion damit den Anspruch geltend: mir ist die Schuld erlassen worden und darum bin ich nicht schuldig, sie zu zahlen. Diese Behauptung muß man als darin enthalten annehmen, denn sonst würde man die Zurückgabe des Schuldscheins unter die speciellen Tilgungsgründe der Obligationen rechnen müssen, dann wäre der Schuldner frei, weil chirographum redditum, während er in der That nur frei ist, weil die Schuld erlassen wurde bezüglich dieser Erlaß präsumirt wird. Dies geht sehr wohl an in den Fällen, wo das Gesetz einen bestimmten Umstand annimmt, wo eine rechtliche Folge ausgesprochen wird als aus einem bestimmten präsumirten Umstand hervorgehend, wie eben hier beim chirographum redditum. Nun giebt es aber einen Fall, wo das Gesetz eine rechtliche Folge enthält, die auf verschiedenen Thatsachen beruhen kann: nach l. 24. h. t. videtur debitor praesumtione liberatus, si chirographum cancellatum fuerit. Befreit kann der Schuldner aber sein durch alle möglichen Tilgungsgründe der Obligationen, durch Zahlung, Erlaß, Novation, freiwillige Compensation u. s. w. Man hat darüber gestritten, ob in dieser Stelle eine Präsumtion für das Getilgtsein der Forderung überhaupt oder nur für einen bestimmten Aufhebungsgrund, für die Zahlung oder den Erlaß, aufgestellt sei [3]). Bei dem allgemein lautenden Ausspruch der l. 24. cit. sehe ich einen Grund, dieselbe auf eine bestimmte Aufhebungsart zu beschränken, nicht ein, auch wüßte ich nicht, welche man dann speciell annehmen wollte, wie denn auch unter den dieser Ansicht Huldigenden die Meinungen auseinandergehen. Man muß also wohl sagen, daß alle die möglichen Befreiungsgründe alternativ präsumirt werden. Dadurch entstehen allerdings scheinbar

---

[3]) Cfr. Arndts Pandecten §. 262. A. 4. (Aufl. 5.)

Schwierigkeiten, indem die Frage nahe liegt, worauf denn der Gegenbeweis zu richten sei und ob der Gläubiger beweisen müsse, daß weder gezahlt, noch erlassen, noch novirt, noch sonst wie die Schuld getilgt sei. Und die Schwierigkeit erscheint noch größer, wenn man erwägt, daß die Wirkungen der verschiedenen Tilgungsgründe ganz verschieden sind, indem es z. E. bei einer passiven Correalobligation einen großen Unterschied macht, ob angenommen wird, der eine Correalschuldner habe gezahlt oder es sei ein pactum de non petendo mit ihm abgeschlossen. Die Schwierigkeit hebt sich aber durch einen Umstand, der den Fall einer solchen Präsumtion von den übrigen zugleich in Bezug auf unsere obige Frage unterscheidet. Der Schuldner kann sich hier nicht einfach auf die Prämisse dieser Präsumtion berufen, weil darin nur die Behauptung enthalten sein kann, er sei von seiner Schuld befreit durch irgend einen beliebigen Aufhebungsact; mit einer solchen allgemeinen Behauptung wird er aber nicht gehört. Da also das Zerreißen des Schuldscheins kein specieller Tilgungsgrund der Obligation ist und die allgemeine Angabe, er sei auf irgend eine Weise befreit, nicht einmal, wenn dieses ausdrücklich erklärt wird, genügend erscheint, so kann auch die Berufung auf das Zerrissensein des Schuldscheins, welche stillschweigend jene allgemeine Behauptung enthält, nicht ausreichen. Vielmehr muß Beklagter einen speciellen Tilgungsgrund, entweder Zahlung oder Erlaß u. s. w., anführen und diesen beweist allerdings die Präsumtion, ohne Unterschied, welcher dieser Gründe genannt ist. Die Garantie dafür, daß Beklagter nicht einen in der That nicht vorliegenden Grund anführt, liegt darin, daß gegen einen solchen dem Gläubiger der Gegenbeweis leicht sein wird. — Wenn nun nach dem Bisherigen der Vermuthungshaber immer die speciellen Thatsachen, auf welche sein Angriff oder Gegenangriff sich gründet, anführen muß, sei es, daß diese Angabe stillschweigend in der Berufung auf die Prämisse der Präsumtion enthalten ist, wie in jenen Fällen, oder daß ein ausdrückliches Behaupten der betreffenden Thatsachen erforderlich ist, wie in diesem, wo die Präsumtion einen größern Umfang hat und die aus der Prämisse hervorgehende rechtliche Folge auf verschiedenartigen Thatsachen beruhen

kann, so beantwortet sich damit auch im Ganzen die zweite Frage, worauf der Gegenbeweis im Fall der blosen Bezugnahme auf die Prämisse zu richten ist. Da in Fällen der ersten Art, wo dies allein vorkommen kann, in der Berufung auf die Prämisse auch die bestimmte präsumirte Thatsache mit behauptet ist, so geht der Gegenbeweis nicht blos gegen die Wahrheit der Prämisse, sondern auch gegen die Wahrheit des Schlusses, des präsumirten Umstandes selbst. Natürlich kann sich der Gegner auf den Beweis gegen die Prämisse beschränken und dann ist lediglich diese Gegenstand des Streits unter den Parteien; ob er es aber will, hängt lediglich von ihm ab; der Vermuthungshaber seinerseits hat es nicht in seiner Gewalt, allein die Prämisse zum Gegenstand des Streits zu machen, indem er ja wenigstens stillschweigend durch die Berufung auf die Prämisse auch die infolge derselben nach rechtlicher Vorschrift anzunehmende Thatsache behaupten muß.

# Anhang.

## Praesumtiones iuris et de iure.

### §. 36.

Der Grund, warum ich die praesumtiones iuris et de iure abgesondert am Schluß behandle und die Erörterung der Fragen, ob es solche giebt und eventuell, was ihr Wesen und welches die Fälle derselben sind, nicht in die Darstellung von den Präsumtionen überhaupt verflochten habe, liegt darin, daß meiner Ansicht nach das Verständniß dadurch erleichtert ist, indem eine Reihe von Grundsätzen besser ohne Bezugnahme auf die praesumtiones iuris et de iure besprochen worden sind und hinsichtlich dieser selbst es wieder vortheilhaft ist, die Grundsätze über Präsumtionen überhaupt bereits ausführlich erörtert zu haben.

Der Ausdruck praesumtio iuris et de iure ist so wenig ein quellenmäßiger wie praesumtio iuris. Er findet sich zuerst in der Glosse[1]) und hat von da den Weg gemacht durch die Schriften aller Jahrhunderte bis in die der neuesten Zeit. Eine passende deutsche Bezeichnung dafür zu finden ist noch nicht gelungen und mit dem Namen, den Globig (Theorie der Wahrscheinlichkeit Bd. II. p. 56. N.) vorschlägt, praesumtio iuris imperativi oder superlativi, ist in der That der Begriff nicht klarer gemacht. Und dieser Begriff ist ein höchst unklarer. Schon Henr. Cocceii[2]) klagt darüber mit den Worten: disputant Doctores, sed non convenit inter eos, quid nomine praesumtionis iuris et de iure veniat; est enim illud a Doctoribus confictum, veluti barbarum, certam significationem non habet; und nicht minder stark drückt sich Claproth[3]) aus, wenn er sagt: „für praesumtiones iuris et de iure weiß ich keinen passenden deutschen Ausdruck — so schwer hält es, etwas zu übersetzen, worin kein wahrer Sinn liegt." Diese Urtheile erscheinen nicht zu hart, wenn man prüft, was die Schriftsteller, die diesen Namen im Munde führen, eigentlich darunter verstehen.

Die gewöhnliche Auffassung und Begriffsbestimmung der praesumtiones iuris et de iure geht dahin, daß es diejenigen Präsumtionen sind, welche den Gegenbeweis ausschließen, während gegen eine einfache praesumtio iuris der Gegenbeweis noch immer zulässig sei. Fragt man dann, welche Präsumtionen den Gegenbeweis ausschließen, so lautet die Antwort: diejenigen, welche praesumtiones iuris et de iure sind. Man bestimmt also den Begriff nach der Wirkung und läßt dann diese Wirkung wieder aus dem Begriff folgen. Indem man so alles Gewicht auf die Wirkung legte, verfiel man in einen ähnlichen Fehler, wie der war, den wir oben in Bezug auf die praesumtiones iuris gerügt haben. Die Auffassung der praesumtio iuris als einer Präsumtion, die vom Beweis befreit, führte dazu, daß man überall da, wo

[1]) Cfr. oben §. 4.

[2]) Diss. de prob. dir. neg. §. 17.

[3]) Proc. I. §. 318.

Jemand einen Umstand nicht zu beweisen brauchte, sondern sein Gegner den Beweis des Gegentheils führen mußte, eine technische praesumtio iuris erblickte und so die Ausflüsse der gewöhnlichen Beweisregeln als Ausflüsse einer für den Gegner des als beweispflichtig Anerkannten sprechenden Präsumtion betrachtete; die Betonung der Unzulässigkeit des Gegenbeweises bei den praesumtiones iuris et de iure hatte zur Folge, daß man überall da, wo ein Gegenbeweis, einerlei aus welchem Grunde, ausgeschlossen war, eine praesumtio iuris et de iure aufstellte, ein Fehler, der auch die Veranlassung war, die Fictionen als identisch mit den praesumtiones iuris et de iure zu behandeln. So wenig aber für etwas deßhalb eine praesumtio iuris besteht, weil es nicht bewiesen zu werden braucht, so wenig ist man berechtigt, schon da und blos deßhalb von einer praesumtio iuris et de iure zu sprechen, weil der Gegenbeweis unstatthaft ist. Auf den Grund der Unzulässigkeit des Gegenbeweises sah man, wie gesagt, nicht, auch nicht darauf, worauf der Gegenbeweis, wenn er zulässig wäre, gerichtet sein würde. Dieser Fehler mußte nothwendig dazu führen, den Begriff der praesumtiones iuris et de iure zu einem ganz verworrenen zu machen, um so verworrener, da ja auch der Begriff der einfachen praesumtio iuris keineswegs ein klarer war. Die Folgen sind ersichtlich an den Fällen, die man als praesumtiones iuris et de iure bezeichnete und bei denen auf der einen Seite weder von praesumtio noch auf der andern von ius die Rede ist. Es lassen sich nämlich zwei Kategorien unterscheiden.

1) Einfache rechtliche Bestimmungen mit absolutem Character werden als praesumtiones iuris et de iure hingestellt, wenn auch von einer Vermuthung in dem betreffenden Gesetz keine Spur zu finden ist. Als Beleg mögen folgende Stellen dienen:

l. 15. C. de don. ante nupt. 5. 3. Wenn Verlobte sive affinitatis coeundae causa sive non ita, — tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi largiantur, so soll derjenige, welcher Schuld am Nichtzustandekommen der Ehe ist, die Geschenke nicht zurückfordern dürfen.

l. ult. de pign. 20. 1. Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore tuo restituto, idem in nova insula iuris habes. cfr. auch l. 29. §. 2. eod.

l. 25. §. 7. de H. P. 5. 3. — post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin imo post controversiam motam; — coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur.

l. 27. §. 25. ad leg. Aquil. 9. 2. Wenn ein Unberechtigter reife Früchte separirt, steht gegen ihn die actio legis Aquiliae nicht zu, nulla enim iniuria est, quum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur.

l. un. §. 6. C. de lat. lib. toll. 7. 6. — Si quis quendam manumiserit, licet hoc dixerit vel scripserit, quod voluerit eum esse Latinum, supervacua adiectio Latinitatis et ita fiat civis Romanus, ne modi, qui ab antiqua observatione in civitatem Romanam homines perducebant, per privatorum voluntates deminui videantur [4]).

l. 1. de acquir. hered. 29. 2. Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.

l. 38. eod. Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter postea, quam prior abstinuit, se immiscuit, dicendum est, hunc non posse recusare, quo minus tota onera hereditaria subeat. Qui enim scit aut scire potuit, illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur [5]).

cap. 5. X. ut lite non cont. 2. 6. Derjenige, der eine probatio ad perpetuam rei memoriam hat aufnehmen

[4]) Diese Fälle sind neben manchen andern als Beispiele von praesumtiones iuris et de iure aufgestellt in den Additiones des Joannes Andreae zu Durandi Specul. Lib. II. Partic. 2. de praesumtionibus.

[5]) Mantica de coniect. ult. vol. Lib. XII. Tit. 12.. N 19. — Die Glosse ad l. 38. cit. v. adire videtur sagt, Gegenbeweis sei hier ausgeschlossen, aber es sei nicht praesumtio, sondern fictio.

lassen, muß binnen einem Jahre Klage erheben oder wenigstens dem Gegner Anzeige von der geschehnen Beweisaufnahme machen; thut er dies nicht, dann attestationes sic receptae non valeant, ne forte hoc procuret in fraudem [6]).

l. 54. de J. D. 23. 3. Res quae ex dotali pecunia comparantur, dotales esse videntur.

l. 9. de sponsal. 23. 1. — An sponsalia sint ante XII. annum, si nuptiae fuerint collatae? — Si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit; si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta [7]).

Es ist in diesen Fällen, denen leicht noch eine Anzahl anderer hätte beigefügt werden können, oft schwer einzusehen, wie man eine praesumtio iuris et de iure in ihnen hat erblicken können, wenn man nicht eben festhält, daß das Moment der Unzulässigkeit eines Gegenbeweises, bezüglich hier bei diesen Rechtssätzen der Character der Absolutheit, schon hinreichend war, um von einer solchen zu sprechen. Das Gesetz präsumirt hier in der That gar nichts, die Annahme eines bestimmten Ereignisses oder eines bestimmten Willens liegt in keiner Weise vor, weder als Inhalt eines Rechtssatzes noch als Grund für dessen Aufstellung. Das Gesetz sagt, wie Joannes Andreae a. a. O. richtig bemerkt, hier nicht wie bei der praesumtio iuris: sic credo, nisi contrarium appareat, sondern: sic volo, sic iubeo!

2) Auf der andern Seite wird von praesumtiones iuris et de iure gesprochen, wo das andere Moment, das der Rechtsbestimmung, gänzlich fehlt, und zwar wieder nur deßhalb, weil der Gegenbeweis unzulässig ist, nicht wie im ersten Fall wegen des Characters der hier ja mangelnden Rechtsbestimmung, sondern aus factischen Gründen, wegen der Unmöglichkeit des Gegenbeweises. Man zählte nämlich, von dem Begriff der Präsumtion als einer Schlußfolgerung, eines künstlichen Beweises

---

[6]) Alciat sec. pars Nr. 17. Menoch Lib. II. pr. 76.

[7]) Cfr. Voet Comm. ad T. D. 22. 3. §. 16.

ausgehend, hierher die Schlußfolgerungen von einer Thatsache auf eine andere, die aber nicht blos juristische Gewißheit erbringen, sondern die absolut wahr sind wegen eines unabänderlichen physischen Gesetzes, wo der Obersatz als Naturgesetz so feststeht, daß beim Vorhandensein der Prämisse in jedem Fall ohne Ausnahme auch das Gefolgerte vorhanden ist, wo also zwei Thatsachen in einem nothwendigen Causalzusammenhang stehen. Wenn z. E. eine Frau geboren hat, so ist der Schluß, daß sie concumbirt habe, ein nothwendiger; wenn Jemand zu einer bestimmten Zeit in Rom gewesen ist, kann er nicht zu derselben Zeit in Athen gewesen sein; wenn Jemandem der Kopf abgeschnitten ist, muß er todt sein; derjenige, dem das Schwert durch die Brust gestoßen ist, kann nicht ohne Wunde sein. Hier ist die Schlußfolgerung eine absolut nothwendige; gegenüber dem Beweis der Prämissen, woraus das Behauptete mit Naturnothwendigkeit hervorgeht, ist ein Gegenbeweis, das Behauptete gehe in diesem concreten Fall nicht daraus hervor, ganz undenkbar. Da man aber nicht nach dem Grund fragte, warum der Gegenbeweis ausgeschlossen war, so war es natürlich, daß alle diese Fälle als praesumtiones iuris et de iure auftreten. So finden wir denn ausdrücklich ausgesprochen, daß praesumtiones iuris et de iure identisch seien mit signa necessaria und indicia indubitata, und auch probatio artificialis necessaria sowie praesumtiones necessariae genannt würden [8]).

Daß man diese verschiedenen Fälle unter 1. und 2. als praesumtiones iuris et de iure bezeichnete, war, wie gesagt, die nothwendige Folge der Auffassung, daß man alles Gewicht auf das Ausgeschlossensein des Gegenbeweises legte und überall da von einer solchen sprach, wo ein Gegenbeweis nicht statthaft war. Es scheint danach, als ob die Frage über die praesumtiones iuris et de iure einfach und ohne große practische Wichtigkeit sei, indem man doch im Ganzen nicht folgerte, daß, weil etwas eine praesumtio iuris et de iure sei, der Gegenbeweis

---

[8]) Cfr. z. E. Pacian Lib. I. cap. 4. Nr. 30 sequ. Menochius Lib. I. qu. 3. qu. 7.

ausgeschlossen werde, sondern umgekehrt, daß, weil der Gegenbeweis ausgeschlossen, etwas eine praesumtio iuris et de iure sei, und einfach die Rechtssätze mit absoluter Geltung, sowie die absolut nothwendige Schlußfolgerung von einer Thatsache auf eine andere mit diesem Namen bezeichnete. Jedoch finden wir auch Beispiele, daß in einem Gesetz eine praesumtio iuris et de iure als enthalten angegeben und daraus dann abgeleitet wird, daß Gegenbeweis nicht statthaft sei. So wirft die Glosse ad l. 23. C. ad. S. C. Vellei. 4. 29. v. esse credendum die Frage auf, ob in dem daselbst besprochenen Fall der Gegenbeweis geführt werden könne und verneint dieselbe aus dem Grund, quia praesumtio est iuris et de iure, contra quam non recipitur probatio. Also idem per idem. Der Gegenbeweis ist nicht zulässig, weil — der Gegenbeweis nicht zulässig ist! Es hat aber diese Auffassung vor Allem dazu beigetragen, den Präsumtionsbegriff überhaupt zu verwirren; dadurch, daß man diese Fälle unter den Gattungsbegriff der Präsumtionen aufnahm, mußte natürlich dieser Begriff der Präsumtionen ein schiefer werden; im Gegensatz zu jenen Fällen mußten Rechtssätze von nicht absolutem Character und Schlußfolgerungen von nicht absoluter Nothwendigkeit als einfache Präsumtionen erscheinen und unter den gemeinsamen Gesichtspunct gestellt werden, daß gegen sie Gegenbeweis zulässig sei; und zu welchen practisch verkehrten Resultaten das geführt hat, ist früher gezeigt worden.

Es fehlt aber auch dieser Terminologie, wenn man mit dem Wort alle die eben erwähnten Fälle umfaßte, an jeder Berechtigung. Wie paßt der Name praesumtio auf die Fälle der ersten, der Name praesumtio iuris et de iure auf die der zweiten Art? Es muß doch ein Begriff bei dem Worte sein! Und in jenen Fällen suchen wir vergeblich nach dem Begriff der Vermuthung, in diesen vergeblich nach dem Begriff des ius. Diese Terminologie findet ihre Erklärung nur in dem unsichern und verkehrten Begriff der einfachen praesumtio iuris. Wenn man so eine jede ratiocinatio ex probabilibus coniecturis nannte, die im Stande war, die Ueberzeugung des Richters zu erbringen, und wenn man eine solche praesumtio iuris überall da erblickte, wo

eine Thatsache nach gesetzlichem Ausspruch oder ohne denselben nicht bewiesen zu werden brauchte, und als das Characteristische derselben das onus probandi transferre und damit also die Zuläſſigkeit des Gegenbeweises — der freilich in vielen Fällen nur der nach den gewöhnlichen Beweisregeln obliegende Hauptbeweis war — betrachtete, so war es nicht unerklärlich, daß man da, wo man die stärkere Wirkung fand, die Unzuläſſigkeit eines jeden Gegenbeweises, nach einem stärkern Ausdruck suchte und die einfache praesumtio iuris in eine praesumtio iuris et de iure verstärkte. Es kann das aber doch die Terminologie nur erklären, nicht rechtfertigen.

Dieser Mangel ist denn auch schon von ältern Schriftstellern gefühlt worden. Der Name wird von der Glosse her beibehalten, aber nicht Alle definiren sie als die praesumtio, cui omnino statur, ohne nähere Bezeichnung, nicht Alle betrachten jeden Fall der Unzuläſſigkeit des Gegenbeweises als praesumtio iuris et de iure, sondern es wird gefordert, daß es vor Allem eine in einem Rechtssatz enthaltene Präsumtion, eine praesumtio iuris in diesem Sinne sei, daß ein Gesetz in der That einen Umstand ohne Beweis annehme; außerdem aber wird als Unterscheidungsmerkmal zwischen ihr und der einfachen praesumtio iuris, gegen die stets Gegenbeweis zuläſſig ist, verlangt, daß das Gesetz nicht blos vermuthe, sondern zugleich über das Vermuthete etwas disponire. Dieser Gedanke, der sich allerdings schon früher hie und da angedeutet findet, ist am schärfsten ausgesprochen von Alciat[9]), der die praesumtiones iuris et de iure ganz ausscheidet und ihnen nur den zweiten Theil der Einleitung widmet. Er entnimmt den Begriff derselben aus cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. und bestimmt ihn dahin: est dispositio legis aliquid praesumentis et super praesumto tanquam sibi comperto statuentis; der Name rühre daher, weil praesumtio iuris diejenige genannt werde, quae a lege introducitur, und de iure heiße sie, quia super tali praesumtione lex inducit firmum ius et habet eam pro veritate; die Folge aus dieser Begriffsbestimmung

---

[9]) l. c. sec. pars Nr. 5.

sei, quod contra talem praesumtionem non admittitur probatio in contrarium [10]). Schon Andre vor ihm haben, wie gesagt, ähnlich definirt, die Spätern behalten meist seine Definition bei. So sagt Durantis (Specul. Lib. II. Partic. 2. de praes.), etwas sei praesumtio iuris et de iure, weil ius vehementer praesumit ita esse vel non esse et propter talem praesumtionem ius statuit super ea; eine solche beweise, so daß der Richter auf sie hin ein Erkenntniß fällen könne, und lasse keinen Gegenbeweis zu. Nach Salicetus (Rubr. ad T. D. de prob.) a iure inducitur et super eo statuitur, ut ei stetur, daher ist kein Gegenbeweis zulässig; es ist applicatio animi legislatoris super verisimili eius, de quo quaeritur, sanctione eius firmata, wie auch Baldus (Rubr. T. C. de prob. non 4.) sagt, während er an einem andern Ort (in l. 7. Nr. 6. C. de accus. 9. 2.) definirt: est status a iure promulgatus ex indubia coniectura; nach Voet (Comm. ad T. D. de prob. §. 16.) ist eine solche vorhanden, quoties ius praesumit aliquid et super eo praesumto disponit, nec admittit probationem in contrarium; nach Lauterbach (eod. §. 44.) ist es die, qua a lege ex fortioribus argumentis aliquid inducitur et simpliciter, exclusa in contrarium probatione, pro vero habetur; bei praesumtio iuris lex ex probabilibus rationibus tantum colligit et pro vero tam diu habet, donec contrarium probatur, bei praesumtio iuris et de iure hingegen lex non tantum colligit, sed aliquid disponit et pro vero agnoscit, ita ut respuat probationem in contrarium. — Diese Schriftsteller fordern also alle, daß die praesumtio iuris et de iure vom Gesetz, vom Recht eingeführt und aufgestellt sei; sie schließen damit — wie dies auch von Einigen ausdrücklich geschieht, indem sie der praesumtio iuris et de iure die probatio artificialis necessaria ex principiis naturalibus, die indicia certa ex ipsa natura gegenüberstellen — von diesem Begriff die nach Natur- und Vernunftgesetzen absolut nothwendigen Schlußfolgerungen aus, die nicht blos eine probabilis rei conie-

---

[10]) Cfr. seine Beispiele l. c. Nr. 6.

ctura, sondern eine certa rei demonstratio et scientia machen [11]). Es ist das offenbar ein Schritt vorwärts, aber erledigt ist damit die Sache nicht. Es entsteht vor Allem die Frage: was ist die für den Begriff geforderte sanctio und dispositio legis, was ist der Inhalt dessen, was super praesumto a lege statuitur? Das Gesetz nimmt etwas ohne Beweis an und führt deßhalb einen Rechtssatz darüber ein. Das kann heißen: eine blos menschliche Wahrscheinlichkeit wird vom Gesetzgeber zum Rechtssatz und damit zur rechtlichen Gewißheit gemacht, eine praesumtio hominis wird durch die Sanction des Gesetzgebers zur praesumtio iuris. So scheinen es Wesembek (Comm. ad T. D. de prob. §. 14.) und Joannes Andreae (l. c. Addit. ad Dur. Spec.) zu verstehen, wenn der eine die Bestimmung der l. 102. de C. et D., der andre die substitutio vulgaris tacita zu den praesumtiones iuris et de iure rechnet. Damit aber wäre der Gegenbeweis noch nicht von selbst unzulässig, wie dies die beiden angeführten Fälle einer angeblichen praesumtio iuris et de iure klar ergeben. Aus diesem Begriff folgt die Ausschließung des Gegenbeweises noch nicht, und doch sagt Alciat, die Folge aus diesem Begriff sei, daß der Gegenbeweis nicht zugelassen werde. Einen ausdrücklichen Ausschluß des Gegenbeweises durch das Gesetz verlangt er also nicht, sondern der Character des Rechtssatzes schließt diesen aus, indem das Gesetz firmum ius statuit super praesumto tanquam sibi comperto und das Angenommene pro veritate habet. Wir werden später sehen, daß in dieser Definition die Wahrheit enthalten sein kann, obgleich der sie Aufstellende sich wohl nicht vollkommen der Bedeutung derselben bewußt gewesen ist. Andre drücken sich weniger präcis aus, so daß man nicht erkennt, ob Ausschluß des Gegenbeweises die Folge des Begriffs ist oder den Inhalt der gesetzlichen Disposition bildet, denn die Aussprüche, das Gesetz disponire und lasse den Gegenbeweis nicht zu (Voet), oder, es werde etwas einfach mit Ausschluß des Gegenbeweises für wahr gehalten, oder, es werde etwas für so wahr gehalten, daß das Gesetz den Gegen-

[11]) Cfr. z. E. Lauterbach l. c. §. 19. §. 44.

beweis nicht zuläßt (Lauterbach), können auf diese doppelte Weise verstanden werden. Nach Andern endlich bezieht sich die dispositio unzweifelhaft gerade darauf, daß der Gegenbeweis ausgeschlossen sein solle, wie z. E. Salicetus sagt: super ea statuitur, ut ei stetur und den Unterschied von der praesumtio iuris ausdrücklich dahin angiebt, daß bei dieser lex non statuit super ea i. e. non disponit, ei stari; noch schärfer spricht dies die Glosse in c. 15. D. 54. v. dicitur aus: semper admittitur probatio in contrarium, nisi ius statuat, quod non admittatur [12]).

In allen diesen Ansichten, so verschieden sie sind, liegt ein Funke Wahrheit, aber er wird erstickt durch die Menge des Irrigen, wovon er umgeben ist.

Auch in der neuern Zeit herrscht noch keine Klarheit darüber, was man unter dem immer beibehaltenen Ausdruck praesumtio iuris et de iure eigentlich zu verstehen habe und darum auch keine Uebereinstimmung über die Berechtigung dieses Begriffs überhaupt. Manche verwerfen die praesumtio iuris et de iure als ganz unberechtigt, Andre stellen sie wieder als identisch mit den Fictionen dar; nach Manchen sind es gar keine eigentlichen Vermuthungen, nach Andern sind es besonders geartete Rechtsvermuthungen, während noch Andre zwischen ihnen und den Rechtsvermuthungen keinen specifischen Unterschied anerkennen. Eine kurze Zusammenstellung der verschiedenen Hauptansichten wird das eben ausgesprochene Urtheil bestätigen.

Böcking Pand. I. p. 423. und N. 20.: Wo dieser Gegenbeweis (daß sich die Thatsache der gesetzlichen Annahme zuwider verhalte) eine Widersinnigkeit wäre, da ist auch das nach der Rechtsbestimmung als wirklich Angenommene nicht eine Präsumtion, womit sich auch die neuere (?) Annahme den Gegenbeweis ausschließender sogenannter praesumtiones iuris et de iure widerlegt.

Schmid Handb. des Proc. II. §. 130.: Praesumtio iuris et de iure sei gar nicht verschieden von praesumtio iuris; auch

[12]) Auch Menoch verlangt in qu. 60., damit etwas praesumtio iuris et de iure genannt werden könne, ausdrücklichen Ausschluß des Gegenbeweises.

dort sei der Gegenbeweis zulässig (was ist dann aber praesumtio iuris et de iure?!); nur eine factische Verschiedenheit bestehe, weil der Gegenbeweis nur mittelbar geführt werden könne durch den Beweis einer Thatsache, bei deren Vorhandensein eine objective Unmöglichkeit der Wahrheit derjenigen Thatsache sich ergebe, die durch die Präsumtion als wahr hergestellt werden solle, wodurch der Gegenbeweis factisch oft unmöglich werde.

Schneider a. a. O. §. 5. pg. 4.: Wenn durch ein Gesetz ein gewisser Thatsatz für eine nothwendige Folgerung aus einem andern Thatsatz erklärt wird, obgleich jener aus dieser der Natur der Sache nach nicht nothwendig folgt (praesumtio iuris et de iure, fictio iuris), so ist das kein Gegenstand des Beweises.

Göschen Vorlesungen Bd. I. p. 488.: Es ist hier (bei den praesumtiones iuris et de iure) nicht von Schlußfolgerung die Rede, davon daß etwas wahr sei, sondern die Gesetze wollen zuweilen, daß etwas unter gewissen Voraussetzungen schlechthin als geschehen angenommen werden soll, es mag nun wirklich geschehn sein oder nicht; es soll die rechtliche Folge der Wahrheit eintreten, auch wo diese nicht vorhanden ist. Darin liegt keine Vermuthung, sondern eine Fiction.

Weindler a. a. O. §. 30. ff.: Die praesumtio iuris et de iure ist eigentlich keine Vermuthung; sie ist nicht Mittel für die Ueberzeugung des Richters, sondern es wird die gesetzliche Folge einer Handlung bestimmt, indem die Handlung mit einer andern, deren Folgen nach den Gesetzen schon bekannt sind, für gleichbedeutend und in Ansehung der Folgen gleich für diese selbst genommen wird, weil beide auch sonst im wahrscheinlichen Zusammenhang stehn.

Weber a. a. O. §. 1.: Die Gesetze wollen hier nicht die Wahrheit einer Thatsache an sich bestimmen — denn mit diesem Zwecke würde die Zulässigkeit eines Gegenbeweises noch vereinbarlich bleiben —, sondern vielmehr anordnen, daß ein Vorgang auf jeden Fall die Folgen eines gewissen Verhältnisses nach sich ziehn soll, ohne auf den Einwand Rücksicht zu nehmen, daß das Geschehne oder Nichtgeschehne mit dem gedachten Rechtsverhältniß

nicht in Verbindung stehe. Diese Anordnung der Gesetze läßt sich daher nicht füglich dem Begriff einer Vermuthung unterordnen.

Tevenar Theorie der Beweise pg. 36. 37.: Es sind keine Vermuthungen im eigentlichen Verstande, sondern Verbindlichkeiten, die die Gesetze auflegen.

Gensler im civil. Arch. I. pg. 33.: praesumtio iuris et de iure, qualificirte Rechtsvermuthung, ist vorhanden, wenn ein specielles Gesetz deren Zerstörung (d. h. der durch die Rechtsvermuthung erbrachten juristischen Wahrheit) untersagt; sie begründet an sich auch nur einen juristischen Zwangsglauben, aber das Gesetz gebietet, sie der absoluten Wahrheit gleichzustellen.

Reinhold a. a. O. (s. o. §. 1.) §. 24.: Die Schlußfolgerung ist hier dem Gesetz zufolge unanfechtbar.

Unger a. a. O. II. pg. 583. Die Rechtsvermuthungen verleihen unter Umständen definitive Gewißheit; dann ist Gegenbeweis gegen die im concreten Fall stattfindende Schlußfolgerung unstatthaft. Solche Behauptungen sind ebenso unbestreitbar wie notorische Thatsachen. Hier (praesumtio iuris et de iure) verbietet eine positive Rechtsvorschrift die Bestreitung, dort die Beschaffenheit der Thatsache. Und pg. 110.: In manchen Fällen ist Protestation nöthig, um die nach dem Gesetz sonst unausweichlich stattfindende Schlußfolgerung von einer Handlung auf den Willen zu beseitigen; die Unterlassung der Protestation, welche der mit der Sachlage Bekannte hätte vornehmen können und sollen, macht die Rechtsvermuthung zur praesumtio iuris et de iure.

Collmann a. a. O. (s. o. §. 1.) §. 57.: die praesumtio iuris et de iure läßt nicht einmal Gegenbeweis zu, indem ihr Character darin besteht, daß eine Thatsache als absolut wahr angenommen wird. Der Begriff kann aber nur relativ genannt werden, es giebt nirgends einen specifischen Unterschied, sondern überall nur Stufen, mittelst deren die praesumtio iuris allmählig in praesumtio iuris et de iure übergeht. Dasjenige, was den Character der praesumtio iuris et de iure ausmacht, liegt auch der praesumtio iuris zu Grunde, und der Unterschied ist nur in der geringern oder größern Quantität der in ihr Bereich fallenden Thatsachen zu suchen. —

Um gegenüber dieser Menge von verschiedenartigen Ansichten einen festen Standpunct zu gewinnen, von dem aus wir die Aufgabe, das Wahre von dem Falschen zu scheiden, lösen können, müssen wir die Frage so stellen:

1) Giebt es Präsumtionen als eigenartige Rechtssätze (praesumtiones iuris, civilistische Präsumtionen), gegen welche ein Gegenbeweis — daß es sich im concreten Fall anders verhalte als das Gesetz ohne Beweis, wegen der Wahrscheinlichkeit oder aus andern Gründen, annimmt — unzuläßig ist?

2) Wann kann man sagen, daß einem solchen Rechtssatz, einer civilistischen Präsumtion gegenüber der Gegenbeweis ausgeschlossen ist?

Die beiden Merkmale, Vorliegen eines Rechtssatzes, der Präsumtion genannt werden kann, und Unzuläßigkeit des Gegenbeweises, müssen zusammentreffen. Das ist das erste Erforderniß, welches wir aufstellen müssen, wenn wir den Begriff praesumtio iuris et de iure als einen eigenthümlichen betrachten sollen. Denn die sogenannte praesumtio necessaria, die probatio artificialis necessaria, die infolge Naturgesetzes absolut nothwendige Schlußfolgerung können wir, auch wenn sie sich in einem Gesetz ausgesprochen finden sollte, nicht als praesumtio iuris bezeichnen da sie ihren Character nicht durch das Recht, sondern durch das Naturgesetz erhält. Und wenn wir es mit einer wirklichen rechtlichen Annahme eines Umstands ohne Beweis zu thun haben, so muß eben dieser Annahme gegenüber der Gegenbeweis nicht gestattet sein, weil der Rechtssatz ja sonst nur den Character einer einfachen praesumtio iuris hätte und nicht als etwas besondres durch den besondern Namen praesumtio iuris et de iure ausgezeichnet zu werden brauchte. — Darüber ist man auch im Ganzen heutzutag einig; damit sind aber die eben aufgeworfenen Fragen noch nicht beantwortet. Um darauf die richtige Antwort geben zu können und um die in der That ganz verschiedenartigen, bis jetzt durcheinandergeworfenen Fälle auseinanderhalten zu können, muß ich auf den oben (§. 19. 20.) erörterten Unterschied zwischen materiellen und processualischen Präsumtionen zurückkommen.

I. Als materielle Präsumtionen habe ich diejenigen materiellen Rechtssätze bezeichnet, welche aufgestellt sind infolge einer Annahme des Gesetzgebers, die im Gegensatz zu den Fictionen nicht im bewußten Widerspruch mit der Wahrheit steht. Dabei haben wir eine doppelte Möglichkeit kennen gelernt.

1. Die Wahrheit des ohne Beweis Angenommenen ist Voraussetzung für die Anwendung des Rechtssatzes im concreten Fall. Hier muß dem Character dieses Rechtssatzes nach der Gegenbeweis, daß das Angenommene im vorliegenden Fall nicht wahr sei, gestattet werden, weil ja eben die Wahrheit des Umstands die Voraussetzung ist und dieser Umstand nur ohne Beweis angenommen wird. Daher fehlt in diesen Fällen das eine Merkmal für den Begriff der praesumtio iuris et de iure; es ist zwar ein Rechtssatz vorhanden, den man als Präsumtion bezeichnen kann (Nov. 136. cap. 2. s. o. §. 14.), aber der Gegenbeweis ist nicht ausgeschlossen, man kann nur von einer einfachen praesumtio iuris sprechen. Es ist also in diesem Sinn ungerechtfertigt, wenn Joannes Andreae und Wesembek den Fall der l. 102. de C. et D. und der sogenannten substitutio tacita als praesumtio iuris et de iure bezeichnen.

2. Die Annahme des Gesetzgebers ist lediglich Motiv für die Aufstellung eines materiellrechtlichen Satzes gewesen, die Anwendung des Rechtssatzes im concreten Fall hängt aber nicht davon ab, daß das Angenommene wirklich wahr sei. Hier kann man im Allgemeinen weder sagen, der Gegenbeweis sei absolut unzulässig, weil die Annahme blos Motiv sei, noch, der Gegenbeweis sei jedenfalls statthaft, weil ja doch die Annahme, daß es sich so wie der Gesetzgeber annehme verhalte, das Motiv gewesen und ohne diese Annahme der Rechtssatz gar nicht zur Existenz gekommen sein würde. Vielmehr hängt, wie wir oben gesehen haben, die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Gegenbeweises (i. e. S.) lediglich von dem Character des auf diesem Motiv beruhenden Rechtssatzes ab, nämlich davon, ob er absolut gelten soll oder nicht, ob er dem ius cogens oder dem ius dispositivum angehört. In beiden Fällen wird für den einer solchen Annahme seinen Ursprung verdankenden Rechtssatz der Ausdruck praesumtio gebraucht (l. ult.

C. ad S. C. Maced. — l. ult. C. in quib. caus. pign. tac. contr. s. o. §. 14.). Wo aber nach dem Character des Rechtssatzes ein Gegenbeweis möglich ist, kann man, wie in den Fällen unter 1., nur von einer einfachen praesumtio iuris sprechen; blos da, wo der Rechtssatz einen jeden Gegenbeweis ausschließt, sind die beiden Merkmale, die zum Begriff einer praesumtio iuris et de iure gehören, verbunden; und in diesen Fällen gilt: lex praesumit aliquid et super praesumto inducit firmum ius d. h. einen absolut geltenden Rechtssatz, und die Folge davon ist, daß — ohne daß ausdrücklich im Gesetz die Unzuläßigkeit des Gegenbeweises ausgesprochen sein müßte — ein solcher nicht geführt werden kann. Hat das Alciat mit seiner Definition sagen wollen, so ist ihm insofern gewiß beizustimmen. Und man kann wohl für diese materiellen Rechtssätze zwingender Natur, für deren Aufstellung eine Vermuthung, eine Annahme des Gesetzgebers das Motiv gewesen ist, den Ausdruck praesumtio iuris et de iure brauchen, wenn man sie als etwas besondres auszeichnen will; aber man darf nicht den Zweck über der Form vergessen, man muß festhalten, daß nicht wegen der Präsumtion, sondern wegen des Characters des Rechtssatzes als einer zwingenden mit dem Anspruch auf absolute Geltung auftretenden Norm der Gegenbeweis undenkbar ist.

In diese Kategorie gehört vor Allem der Fall der l. ult. §. 1. C. ad S. C. Maced. 4. 28., der von den Meisten als praesumtio iuris et de iure aufgeführt wird. Die Berechtigung für diese Bezeichnung fand man in dem in der Stelle selbst vorkommenden Wort praesumtio: ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causas castrenses. Aber auch alle die Fälle, die wir bei dieser Gelegenheit (oben §. 20.) aufgezählt haben und in denen das Wort praesumtio nicht gebraucht ist, lassen sich hierherziehn, wie das in der That auch z. E. hinsichtlich des Satzes, daß die minores wegen ihres fragile consilium einen Curator haben sollen (l. 1. §. ult. de minor 4. 4.) geschehen ist[13].

---

[13]) Cfr. z. E. Voet l. c. §. 16.

Der Unterschied besteht nur darin, daß dort, in l. ult. C. cit., eine bestimmte Thatsache, die Aufnahme eines Darlehns und Verwendung des geliehenen Gelds gerade zu castrensischen Zwecken, in den andern Fällen hingegen mehr eine allgemeine Eigenschaft und Neigung gewisser Personen wie das fragile consilium minorum, die imbecillitas sexus, die improbitas nautarum, der affectus paternus u. s. w. angenommen und daraufhin der Rechtssatz aufgestellt wird [14]).

Mit diesem Begriff der materiellen praesumtiones iuris et de iure ist aber in der That der Wissenschaft nichts genützt. Denn wir müssen bei jedem Rechtssatz, wenn er auch einer solchen Annahme seine Entstehung verdankt, untersuchen, ob er absolut gelten soll, und dann folgt eben hieraus, aus diesem seinen Character als zwingende Norm, die Unzulässigkeit des Gegenbeweises und das Motiv seiner Aufstellung kommt nicht weiter in Betracht. Man kann eine ganze Reihe von Rechtssätzen diesem Begriff unterstellen, wie dies auch in alter und neuer Zeit geschehen ist, ohne daß dadurch ein wirklicher Gewinn erzielt wäre. Nur wenige Beispiele derartiger praesumtiones iuris et de iure mögen hier noch Platz finden:

l. 4. §. ult. l. 5. de his qui not. inf. 3. 2. Si qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit, simili modo infames sunt — quoniam intelligitur confiteri crimen qui paciscitur.

l. 15. §. 3. de re iudic. 42. 1. — si creditor maluerit pignora (scil. quae capta sunt) in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videatur, qui contentus fuerit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum petere.

---

[14]) Cfr. auch l. 12. l. ult. C. de usufr. 3. 33. — Savigny System V. p. 268. 269. — C. 18. qu. 2. c. 21.; Mönche und Nonnen sollen nicht in einem Kloster zusammenwohnen.

cap. 15. X. de sent. et re iud. 2. 27. — — cum post decem dierum spatium sententia in auctoritatem rei transeat iudicatae, qui ad provocationis subsidium intra id temporis non recurrit, appellandi sibi aditum denegavit; cum per hoc videatur per interpretationem iuris latae sententiae paruisse. (l. 25. de statu hom. 1. 5. l. 207. de R. I. — res iudicata pro veritate accipitur).

cap. 6. de appell. in VI$^{\underline{o}}$. 2. 15. Ab eo qui appellat intra triginta dies instanter Apostoli peti debent — alias praesumitur appellationi suae renunciare appellans.

In gleicher Weise und mit demselben Recht könnte man alle die Rechtssätze hierherzählen, die vorschreiben, daß ein Recht binnen bestimmter Frist geltend gemacht werden müßte, wie z. E. Vorschützen der Einreden in der vom Richter oder vom Gesetz angeordneten Zeit, Geltendmachung eines Anspruchs innerhalb der Verjährungsfrist u. s. w. Läßt der Berechtigte die Zeit verstreichen, so kann man unter Umständen den jedenfalls eintretenden Verlust des Rechts auf eine Präsumtion des Verzichts zurückführen und insofern als ein Gegenbeweis, man habe nicht verzichtet und nicht verzichten wollen, nicht zuläßig ist, von einer praesumtio iuris et de iure sprechen. So läßt in der That Böhmer[15]) daraus, daß Jemandes Sache usucapirt ist, eine praesumtio derelictionis entstehn, die er offenbar nur deßhalb als praesumtio iuris et de iure behandelt, weil gegenüber der Thatsache der vollendeten Usucapion und des daraus für den frühern Eigenthümer hervorgehenden Verlustes dessen Erklärung und Beweis, er habe nicht derelinquirt, ganz und gar nichts helfen würde.

Eine gewisse Verwandtschaft damit haben andre Fälle, die allerdings schon mehr zu der folgenden Kategorie der processualischen Präsumtionen hinneigen bezüglich derselben angehören. Es sind das einmal die Fälle, in welchen man gegenüber einer Handlung eines Andern nicht schweigen darf, weil sonst in dem Schweigen eine

---

[15]) Ius eccl. protest. II. 23. §. 3.

Zustimmung gefunden wird und dem gegenüber dann, sowenig wie gegenüber der ausdrücklichen Erklärung, der Beweis man habe nicht gewollt, nicht zulässig ist. Wie in jenen Fällen innerhalb bestimmter Frist das Recht geltend gemacht werden muß, widrigenfalls es verloren geht, so darf man hier nicht schweigen, sondern muß sofort seinen Widerspruch erheben, widrigenfalls man mit dem Widerspruch präcludirt ist. — In andern Fällen darf man ein Recht nicht geltend machen, weil es durch eine spätre eigene Handlung verloren gegangen ist, mit welcher die nunmehrige Geltendmachung nicht vereinbar sein würde. Das ist der Fall der gewöhnlich als praesumtio iuris et de iure aufgeführten l. 13. §. 9. ad l. Jul. de adult. 48. 5.:

> Si qua repudiata (scil. uxor), mox reducta sit, non quasi eodem matrimonio durante, sed quasi alio interposito, videndum est, an ex delicto, quod in priore matrimonio admisit, accusari possit? Et puto non posse; abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam.

Das Recht des Ehemanns, die Frau wegen Ehebruchs anzuklagen, kann, wenn die Ehe nach diesem Delict aufgelöst war und er sie dann doch wieder geheirathet hat, nicht geltend gemacht werden. In der Stelle selbst ist also von einem Gegenbeweis und seiner Unzulässigkeit und von einer Präsumtion gar nicht die Rede. In der Praxis hat man aber daraus die praesumtio iuris et de iure gebildet, daß, wenn ein Ehegatte trotz seiner Kenntniß des von dem andern begangenen Ehebruchs demselben wieder ehelich beiwohnt, die Verzeihung dieses Verbrechens anzunehmen und der verletzte Ehegatte mit dem Beweis, er habe nicht verzeihen wollen, nicht gehört werde. In Bezug auf diese Präsumtion kann man nur Collmann beistimmen, wenn er (a. a. O. pg. 93.) sagt: „man müßte wirklich das Volk bedauern, wo der Inhalt dieser angeblichen Präsumtion nicht als etwas sich von selbst verstehendes von der Masse des Volks lebhaft gefühlt würde und der blose Gedanke, daß es hier einer besondern gesetzlichen Vorschrift bedürfte, nicht schon Indignation zu erregen im Stande wäre." — Aehnlich verhält es sich mit den Bestimmungen des canonischen Rechts, die von dem sogenannten matrimonium

praesumtum reden, die, weil hier der Hauptsitz der praesumtiones iuris et de iure ist, einer besondern Besprechung bedürfen.

cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. Is qui fidem dedit M. mulieri super matrimonio contrahendo, carnali copula subsecuta, etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur, quia licet praesumtum primum matrimonium videatur, contra praesumtionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda. Ex quo sequitur, quod nec verum nec aliquod censetur matrimonium, quod de facto est postmodum subsecutum.

Dies ist die einzige Stelle, wo so klar von Präsumtion und von Unzulässigkeit des Gegenbeweises gegen eine derartige Präsumtion gesprochen wird. Prüfen wir, welche Bewandtniß es damit hat. Im ältern canonischen Recht ist eine besondre Form für Eingehung der Ehe nicht erforderlich, durch die Erklärung des beiderseitigen Willens eine Ehe abzuschließen, ist dieselbe begründet. Dazu wird natürlich vorausgesetzt, daß die Absicht auf das sofortige Bestehn der Ehe gerichtet ist, daß der Vertrag abgeschlossen wird durch verba de praesenti z. E. ego te in meam accipio et ego te in meum accipio; dieser auf das gegenwärtige Bestehn der Ehe gerichtete Vertrag wird bezeichnet als sponsalia de praesenti, dies bedeutet also den Ehevertrag, die Ehe selbst; im Gegensatz dazu heißt der Vertrag über eine später abzuschließende Ehe, durch verba de futuro z. E. ego te recipiam in meam et ego te in meum, also das Verlöbniß, sponsalia de futuro (cap. 31. X. eod.). Aus dem Verlöbniß entsteht nun die Ehe nur dann, wenn der gegenseitige Wille die Ehe jetzt einzugehn vorhanden und erklärt ist. Das geschieht ausdrücklich dadurch, daß jetzt verba de praesenti ausgesprochen werden: ich nehme dich zur Frau und ich dich zum Mann. Wie aber der Wille nicht blos durch Worte, sondern auch durch Handlungen erklärt werden kann, so entsteht nicht blos durch diese ausdrückliche wörtliche Erklärung die Ehe, sondern auch durch den zwischen den Verlobten erfolgten Beischlaf. Jenes wird verum matrimonium, dieses

praesumtum matrimonium genannt (cap. ult. X. eod.), praesumtum aber nur deßhalb, weil der Wille nicht ausdrücklich erklärt ist, sondern die Ehe nunmehr durch die That geschlossen wird, denn sie ist im letzteren Fall nicht weniger eine wahre und giltige als im ersten und jeder nach dem zwischen den Verlobten vollzognen Beischlaf von einem der beiden Verlobten bezüglich jetzigen Ehegatten mit einem Andern eingegangene Vertrag, auch mit verba de praesenti, ist nicht im Stande, eine giltige Ehe zu begründen. So wenig der Bräutigam gegenüber den ausdrücklichen verba de praesenti sagen kann, sein Wille sei gar nicht gewesen, eine Ehe abzuschließen, so wenig wird er gegenüber dem einmal erfolgten Beischlaf mit der Behauptung gehört, es sei dabei seine Absicht gar nicht gewesen das Verlöbniß in Ehe, die sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti zu verwandeln. Er kann allerdings die Absicht gehabt haben, ein stuprum zu begehen, aber er darf sie nicht haben, durch dieses Factum werden die auf künftige Abschließung einer Ehe gerichteten Worte realisirt. Durch den zwischen Nichtverlobten erfolgten Beischlaf wird keine Ehe begründet, weil hier nichts auf den animus maritalis hindeutet; anders bei Verlobten. Wollte man den Bräutigam mit einer solchen Behauptung hören, so wäre das gerade so, als wenn man gegenüber einer Realinjurie den Beweis zulassen wollte, der animus iniuriandi sei nicht vorhanden gewesen. — Die Stelle sagt also einfach: wenn während bestehenden Verlöbnisses der Beischlaf vollzogen wird, so verwandelt sich das Verlöbniß in Ehe, und diese Ehe unterscheidet sich von einer andern nur dadurch, daß sie nicht mit ausdrücklichen Worten, sondern durch die That abgeschlossen wird, daß sie gefolgert wird aus dem Beischlaf; gegen diese Schlußfolgerung, gegen eine derartige Präsumtion ist aber ein Gegenbeweis so wenig zulässig, wie gegenüber der ausdrücklichen Erklärung. Ebenso hätte in dem oben citirten cap. 6. de appell. in VI$^{\underline{o}}$. gesagt werden können: contra huiusmodi praesumtionem probatio non est admittenda.

Den gleichen Character hat das cap. 6. X. de condit. appos. 4. 5. Jemand hat mit einer Frau einen Vertrag dahin abgeschlossen, er werde sie heirathen, wenn sein Vater und Oheim ihre

Einwilligung geben würden; danach ist aber zwischen beiden Beischlaf erfolgt. Der Papst respondirt:

> Cum liquido constet, quod post contracta sponsalia carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est praesumendum, quia videtur a conditione apposita recessisse.

Das Verlöbniß wäre an sich aufgehoben, wenn der Vater des Bräutigams widersprochen hätte. Hätte die Frau Kenntniß von dem erklärten Widerspruch gehabt, dann wäre ein später erfolgter Beischlaf einfach stuprum gewesen. Die Frau hat nun in ihrer Klage blos Abschluß des Verlöbnisses und Vollziehung des Beischlafs danach angeführt, der Mann hat diese Klagthatsachen zugestanden und nur die Zufügung jener Bedingung und den sofort nach Kenntniß von der Verlobung an ihn und seine Braut ergangenen Widerspruch des Vaters behauptet; die Frau leugnet, daß sie etwas von dem Widerspruch erfahren habe und giebt noch an, daß sowohl vor als nach dem durch Zeugenaussagen festgestellten Zeitpunct des Widerspruchs der Mann mit ihr concumbirt habe. Es ist also durch das allgemeine Zugeständniß des Beklagten bewiesen, daß er nach der Verlobung der Frau beigewohnt habe; es ist nicht bewiesen, daß das erst nach erfolgtem Widerspruch geschehen sei; die Aussage der Frau, daß sie auch nach dem Zeitpunct des Widerspruchs concumbirt hätten, schadet ihr nicht, denn das beweist nicht, daß der Widerspruch überhaupt vor erfolgtem Beischlaf stattgefunden habe.

> Nam etsi probatum sit, quod postquam pater et patruus viri contradixere sponsalibus, idem vir mulierem illam carnali coniunctione cognoverit, non est tamen aliquo modo probatum, quod antequam cognovisset eandem, pater eius et patruus contradicere curavissent.

Und doch wäre dieser Beweis Seitens des Manns erforderlich gewesen, denn in dem Beischlaf vor erfolgtem Widerspruch liegt ein Verzicht auf die vorher beigefügte Bedingung, die durch die That ausgesprochene Erklärung, daß er die Ehe mit der Frau eingehe, ohne Rücksicht auf die Einwilligung seiner Verwandten. Es ist allerdings auch möglich, daß er die Absicht gehabt hat, ein

Stuprum zu begehen, aber der Beweis dieser Absicht wäre der Braut gegenüber unthunlich, dazu müßte die Braut eingewilligt haben und dann läge eine Auflösung des Verlöbnisses vor; mit dem Beweis dieses ganz innerlich gebliebenen Willens wird er nicht gehört. Da ja doch der Wille, künftig eine Ehe abzuschließen, wenn auch bedingt erklärt war, so kann die Vollziehung des Beischlafs nur die Bedeutung haben, daß er jetzt das Verlöbniß in Ehe verwandle, daß er die Frau jetzt als seine Ehegattin behandle, möge die Einwilligung erfolgen oder nicht. Es ist so, als hätte er jetzt erklärt: ego te recipio in meam, dem gegenüber kann natürlich die frühere Erklärung: ego te recipiam in meam, si pater non contradixerit, nicht in Betracht kommen.

Der zwischen Verlobten erfolgte Beischlaf tilgt also alle Mängel und Unvollkommenheiten des Consenses der zum Bestehn einer Ehe erforderlich ist, der Beischlaf ist unter solchen Umständen selbst Consens und steht der ausdrücklichen giltigen Erklärung durch Worte, den unbedingten, unanfechtbaren verba de praesenti gleich — das ist der Sinn dieser Stellen, wie z. E. auch der zum eidlichen Versprechen einer abzuschließenden Ehe Gezwungene dann in einer gegenwärtigen giltigen Ehe steht, wenn er mit der aufgedrungenen Verlobten concumbirt (arg. cap. 2. X. de eo qui dux. 4. 7. und cap. 4. X. qui accus. matrim. 4. 18.: postquam semel etiam copulae carnali consensit, ex ratihabitione sibi super hoc silentium non ambigitur indixisse) und eine zwischen Unmündigen geschlossene Ehe nach erreichter Pubertät an sich aufgelöst werden kann, jedoch: nisi carnalis commixtio ante intervenerit. (cap. 8. X. de despons. impub. 4. 2.). — Es ist aber diese Unzulässigkeit des Gegenbeweises nicht etwa beschränkt auf diesen Fall und sie ist in diesem nicht die Folge eines speciellen Rechtssatzes, sondern nur eine einzelne Anwendung des Grundsatzes, daß man gegenüber einer Handlung, die nach den vorliegenden Umständen als Ausdruck eines bestimmten Willens erscheint und nur aus diesem Willen ihre Erklärung und Rechtfertigung finden kann, nicht mit der Behauptung gehört wird, man habe doch innerlich einen andern Willen gehabt; es wäre geradezu widersinnig, wenn man einen

solchen Beweis zulassen wollte. So wird in cap. 21. X. de sponsal. 4. 1. von einem elfjährigen Mädchen, das anfangs invita in matrimonium tradita gewesen ist, dann aber anderthalb Jahr (also noch ein halbes, nachdem es mündig geworden) mit dem Mann zusammengelebt hat, gesagt: videtur consensisse; die zum Beweis dafür, daß sie nicht consentirt habe, von ihr angeführten Zeugen werden nicht zugelassen, cum mora tanti temporis huiusmodi probationem excludit. Nach cap. ult. X. qui cler. et vov. 4. 6. wird eine Frau, die um einer ihr verhaßten Ehe zu entgehen das Gelübde abgelegt hat und dann zwei Jahr lang, allerdings in ihrem Hause, in eiusdem ordinis habitu geblieben ist, mit der Behauptung, daß sie das Gelübde wider Willen abgelegt habe, zurückgewiesen, quod in emissione voti quod praecessit, nulla vel modica coactio affuisset, quam patientia et perseverantia sequentis temporis penitus profugavit. Wenn Jemand zur Ausstellung eines Schuldscheins gezwungen worden ist und dann daraufhin Zahlung geleistet hat, so kann er sich auf den erlittenen Zwang nicht mehr berufen, denn: qua ratione, ut vim passus restitui, quod illatum est, postules, perspici non potest, quando verisimile non sit, ad solutionem te properasse, omissa querela de chirographo, utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicas. (l. 2. C. de his quae vi 2. 20.) —

II. Wir sind damit allmählig auf das Gebiet der processualischen Präsumtionen übergegangen. Die materiellrechtlichen Sätze absoluter Natur, für deren Aufstellung eine Vermuthung das Motiv gewesen ist, kann man wohl praesumtiones iuris et de iure nennen, aber man darf, wie gesagt, den Zweck nicht über der Form vergessen; daß sie in dieser Form auftreten, begründet nicht eine Eigenthümlichkeit der Grundsätze, sondern ihr Character als absolute Norm schließt die Möglichkeit eines Gegenbeweises aus; die andern dem ius cogens angehörigen nicht auf einem solchen Motiv beruhenden Rechtssätze stehen ihnen darin vollkommen gleich. Etwas eigenthümliches könnten hingegen die processualischen Präsumtionen in dieser Beziehung haben. Es fragt sich,

inwiefern wir in Wahrheit berechtigt sind, von besonders gearteten processualischen praesumtiones iuris et de iure zu reden. Das Characteristische der processualischen Präsumtionen ist, daß hier die Annahme eines Umstands zum Inhalt eines Rechtssatzes gemacht und daß zu dem Zweck, um denjenigen, welcher nach den gewöhnlichen Beweisgrundsätzen den Beweis dieses Umstands zu führen hätte, von diesem Beweise aus irgend welchem Grunde zu befreien, dem Richter vorgeschrieben ist, den Umstand ohne den sonst erforderlichen Beweis als bewiesen anzunehmen. Damit nun eine solche processualische Präsumtion zu einer besonders gearteten praesumtio iuris et de iure werde, muß noch das andere Moment, Ausgeschlossensein des Gegenbeweises, hinzukommen. Wenn wir aber nach diesen beiden Richtungen hin eine genauere Prüfung anstellen, so werden wir einer Reihe von Fällen, die früher regelmäßig als praesumtiones iuris et de iure bezeichnet wurden und die auch jetzt noch hie und da sich als solche geltend machen wollen, die Anerkennung versagen müssen.

1) Es muß zunächst ein Rechtssatz vorliegen des Inhalts, daß ohne den nach den gewöhnlichen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen werden soll.

Daher sind vor Allem auszuschließen die Fälle, in welchen man früher von praesumtiones necessariae sprach. Hier ist der Beweis, wie es nach den gewöhnlichen Grundsätzen erforderlich ist, geführt und zwar durch absolut nothwendige Schlußfolgerung: wenn das Eine ist, muß das Andere sein oder kann das Andere nicht sein. Es ist das also keine Präsumtion in unserm Sinn, sondern ein Beweis, gegen den, weil er auf unabänderlichen physischen Gesetzen beruht, ein Gegenbeweis gar nicht denkbar ist. Die Erwähnung einer solchen nothwendigen Schlußfolgerung in einer Rechtsquelle kann ihre Natur nicht ändern: die betreffende Thatsache wird nicht auf Grund des Rechtssatzes ohne Beweis angenommen, sondern sie ist in Wahrheit bewiesen und der Gegenbeweis ist eine physische Unmöglichkeit. Von dem Begriff der Präsumtion ist hier nichts vorhanden als höchstens etwa das Annehmen. — Eine gewisse Verwandtschaft hiermit nach der

negativen Seite haben die Fälle, wo eine wirklich concludente Handlung, eine wahre stillschweigende Willenserklärung vorliegt, wo nach den Gesetzen der Vernunft eine Handlung gerade nur als Ausdruck dieses bestimmten Willens erscheinen kann; die Folgerung beruht, wenn auch in einer Rechtsquelle erwähnt, doch nicht auf dem Rechtssatz; die Möglichkeit eines andern Willens ist hier zwar immer noch denkbar, aber nach anderweiten Grundsätzen, nicht auf Grund der diese Folgerung enthaltenden Rechtsquelle, wird weder die Möglichkeit noch die Wirklichkeit des anderweiten Willens berücksichtigt. Gegenüber der äußerlich als Erklärung eines bestimmten Willens sich darstellenden Handlung kann der Nachweis des entgegengesetzten aber innerlich gebliebenen, gar nicht zur rechtlichen Existenz gekommenen Willens nichts helfen. Wenn der Rechtssatz besteht: solus consensus facit nuptias, so ist der zwischen zwei Personen vollzogene Beischlaf an sich nicht eine so concludente Handlung, daß dadurch der Eheconsens ausgesprochen wäre; wenn aber vorher ein Verlöbniß eingegangen und dadurch die beiderseitige Absicht künftig eine Ehe zu schließen erklärt ist, so kann, wenn die beiden Personen bei wirklich noch bestehendem Verlöbniß concumbiren, die Handlung nur vorgenommen sein in der Absicht, die Ehe jetzt einzugehen, die sponsalia de futuro in sponsalia de praesenti zu verwandeln und sie hat die Wirkung wie die ausdrückliche Erklärung: in meam te recipio, der rein innerlich gebliebene Wille, ein stuprum zu begehen, kann dem gegenüber so wenig in Betracht kommen, wie gegenüber der wörtlichen Erklärung die Behauptung, man habe in der That nicht gewollt. Man würde mit demselben Recht z. E. bei der pro herede gestio von einer praesumtio iuris et de iure sprechen. Wenn Jemand, der weiß, daß er ab intestato oder ex testamento zur Erbschaft gerufen ist, Sachen des Erblassers veräußert oder von Erbschaftsschuldnern die Forderungen des Erblassers eintreibt, so kann er auch nicht mit der Behauptung gehört und mit dem Beweis zugelassen werden, sein Wille sei gar nicht dahin gegangen mit diesen Handlungen sich als Erbe zu geriren. —

Da ferner nur da eine praesumtio iuris vorliegt, wenn

eine Partei infolge eines Rechtssatzes frei vom eigentlich zu führenden Beweis ist, so kann dann nicht von praesumtiones iuris et de iure die Rede sein, wenn der Beweis geführt ist durch gewöhnliche Beweismittel und der Gegenbeweis nur infolge der Natur des gebrauchten Beweismittels nicht gestattet wird. Es ist daher zunächst falsch, wenn manche Schriftsteller des Mittelalters aus den Bestimmungen des römischen Rechts, daß gegenüber dem abgeleisteten Schiedseid der Nachweis des Unwahrseins des Beschworenen unzulässig sei, (l. 1. pr. quar. rer. act. 44 5. l. 56. de re iud. 42. 1. l. 1. C. de reb. cred. et iureiur. 4. 1.), eine praesumtio iuris et de iure ableiten. Es ist aber in gleicher Weise falsch, bei der exceptio non numeratae pecuniae eine solche anzunehmen. Der ausgestellte Empfangsschein ist an sich vollbeweisend, es ist aber durch positive Bestimmung seine Beweiskraft im Interesse des Schuldners zwei Jahre lang suspendirt [16]; tritt der Gläubiger innerhalb zweier Jahre gegen den Schuldner mit der Klage auf Rückgabe des laut Schuldscheins Gezahlten auf, so kann er sich auf dieses an sich beweisende Document nicht stützen, sondern muß die Existenz seiner Forderung durch andere Beweismittel darthun, wie wenn der Schuldschein gar nicht ausgestellt wäre. Darum wird aber auch nach dem Zeitraum von zwei Jahren dem Schuldschein eine größere Beweiskraft beigelegt: er beweist jetzt nicht blos, wie er ohne diese positive Beschränkung gleich von Anfang an bewiesen haben würde, sondern der Gegenbeweis, es sei doch nicht wahr, daß das Geld ausgezahlt worden, ist absolut ausgeschlossen, und es hat daher, da es nunmehr auf die in Wahrheit erfolgte oder nicht erfolgte

[16]) Der Grund dieser Bestimmung mag sein, weil es häufig vorkommt, daß ein Empfangsschein ausgestellt wird, während der Aussteller das Geld in der That noch nicht hat, es ist insofern eine legislatorische Vermuthung. Aber es ist nicht eine processualische Präsumtion, nicht der Rechtssatz, es solle angenommen werden, der Aussteller habe nichts bekommen, sonst wäre ja der Gläubiger, der sich einen Schuldschein ausstellen läßt, schlimmer daran, als ohne diese Vorsichtsmaßregel, wodurch er sich den Beweis seiner Forderung sichern will, denn gegenüber der Präsumtion, der Aussteller habe nichts bekommen, wäre der Gegenbeweis durch Eid unzulässig, während Kläger ohne Schuldschein sich des Eidesantrags bedienen könnte.

Hinzahlung gar nicht ankommt, Justinian nicht so Unrecht, wenn er diesen Fall gewissermaßen als Literalobligation behandelt (siehe oben §. 19.). Hier wird also der Beweis durch ein gewöhnliches Beweismittel, durch eine Urkunde geführt, nur daß das Beweismittel nach gewisser Zeit mit besonderer Kraft versehen ist, es wird nicht infolge eines Rechtssatzes die Hinzahlung präsumirt, ohne Beweis angenommen, und dieser Präsumtion gegenüber der Gegenbeweis ausgeschlossen, sondern die Schuld ist bewiesen.

Es existirt also in den beiden eben besprochenen Arten von Fällen gar kein besonderer Rechtssatz, der vorschriebe, es solle ein des Beweises bedürftiger Umstand ohne Beweis angenommen werden, den wir daher als Präsumtion bezeichnen könnten, und der Gegenbeweis, der allerdings hier nicht geführt werden kann, ist nicht ausgeschlossen infolge rechtlicher Bestimmung, sondern aus andern Gründen, oder wenn wirklich infolge besonderer rechtlicher Vorschrift wie beim chirographum de mutuo, so fehlt doch wieder das andere Moment, das der Annahme ohne Beweis. —

Da endlich, wie wir früher gesehen haben, zum Begriff der Präsumtion als eines Rechtssatzes gehört, daß die ihre Grundlage bildende Thatsache in ihrer Individualität genau angegeben ist und nicht etwa noch eine Beurtheilung des Richters in concreto oder eine vorhergehende processualische Verhandlung der Sache vorausgesetzt wird, so kann, wenn wir eine Stelle in unseren Quellen finden, wo diese Merkmale fehlen, nicht mit Recht von einer praesumtio iuris et de iure gesprochen werden. Dahin gehört das cap. 12. X. h. t. 2. 23. Der Ehemann hat eine Klage auf Ehescheidung angestellt, die von ihm angeführten Zeugen haben ausgesagt, daß sie consanguineum viri solum cum sola, nudum cum nuda, in eodem lecto iacentem, ea ut credebant intentione ut eam cognosceret carnaliter, viderunt multis locis secretis et latebris ad hoc commodis, et horis electis. Der Erzbischof, bei dem die Sache verhandelt wird, hat den Papst consultirt und dieser antwortet darauf: quod ex huiusmodi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari. Der Papst spricht also nur aus, daß der in diesem Fall geführte Beweis genügend sei; die Indicien sind

so stark, daß, wenn der geführte Beweis eben nur diese Umstände festgestellt hat, gewiß mit Recht der Ehebruch als bewiesen gilt und auf Ehescheidung erkannt werden kann[17]). Ich gehe sogar noch weiter als Collmann[18]) und glaube, daß in einem solchen Fall auch eine criminalrechtliche Strafe verhängt werden kann. Das ist im römischen Recht für einen bei weitem weniger evidenten Fall ausdrücklich ausgesprochen und hier mischt sich allerdings schon der Begriff des Rechtssatzes ein. Die l. 34. C. ad leg. Jul. de adult. 9. 9. behandelt nämlich folgenden Fall. Es sind zwei Personen des Ehebruchs angeklagt; sie haben sich zu ihrer Vertheidigung und um den Verdacht des Ehebruchs von sich abzuwenden, auf ihre nahe Verwandtschaft berufen und haben dadurch der Glaubwürdigkeit Eintrag gethan (fidem crimini derogando, es muß also doch wenigstens ein gewisser Grad der Wahrscheinlichkeit schon erbracht gewesen sein). Wenn sie dann aber doch eine Ehe abschließen, dann facinus illud, in quo fuerint accusati, manifesta fide atque indiciis evidentissimis publicabunt. Unde si qui eiusmodi fuerint reperti, iussimus in eos severissime vindicari et veluti convictum facinus confessumque puniri. Es ist das ganz ähnlich wie in der oben citirten l. 4. §. ult. l. 5. de his qui not. inf. gesagt ist: intelligitur confiteri crimen qui paciscitur und daher wird der qui furti etc. pactum est, infam[19]). Dieser in l. 34. C. cit. enthaltene Satz ist generalisirt in Nov. 134. cp. 12.

> Si quis adulterii accusatus proditione iudicum vel alio quocunque modo legis poenas effugerit, et deinde cum femina, ob quam accusatus est, turpiter conversari vel eam in matrimonium accipere deprehensus fuerit —

---

[17]) Dazu kommt noch die Anschauung des canonischen Rechts, daß der Ehemann nicht blos über einen wirklich stattgefundenen Ehebruch, sondern auch über eine geringere Verletzung der ehelichen Treue zu erzürnen berechtigt ist C. 27. qu. 1. c. 4.; wo fornicationis suspicio est, uxor libere dimittitur C. 32., qu. 1. c. 2., C. 6. qu. 1. c. 9., ja daß sogar durch Gedanken und Wünsche Ehebruch begangen werde. C. 32. qu. 5. c. 12. 13.

[18]) a. a. O. pg. 92. N. 12.

[19]) Cfr. auch die ähnlichen cap. 1. 5. X. de frig. 4. 15.

nuptias non valere iubemus, sed et eum, qui id peccare ausus est, licet antea quoque aufugerit, tamen omni iudici licentiam damus comprehendendi et post verbera ultimo supplicio afficiendi, ut nulla alia accusatione aut probatione opus sit; mulieremque castigatam et tonsam in monasterium coniici — iubemus etc.

Und eine ähnliche Bestimmung finden wir in Nov. 117. cap. 15. (Auth. si quis ei C. ad leg. Jul. de adult. l. 30.) Wenn ein Ehemann Jemandem, den er im Verdacht des verbrecherischen Umgangs mit seiner Frau hat, drei schriftliche von glaubwürdigen Männern unterzeichnete Denunciationen schickt und er danach doch die beiden wieder zusammen antrifft in seinem eignen Hause oder in dem der Frau oder des betreffenden Mannes oder in einer Garküche oder in der Vorstadt, so darf er den Mann selbst tödten; sonst aber soll er beide dem Magistrat überliefern, hic autem, ubi post tres illas scriptas testationes cum muliere illa deprehensum esse, revera cognovit, illum quidem, quasi ex eo solo in adulterii crimen inciderit, nulla alia probatione requirenda puniat, d. h. es ist kein andrer Beweis des Ehebruchs erforderlich, aber auch kein Gegenbeweis, daß der Ehebruch nicht begangen sei, zuläſſig. — Auf diese und ähnliche Fälle, wie wir sie schon oben kennen gelernt haben, paßt die Bemerkung von Weindler und Weber: die Gesetze wollen nicht die Wahrheit einer Thatsache an sich bestimmen, sondern nur anordnen, daß ein Vorgang auf jeden Fall die Folgen eines gewissen Verhältnisses nach sich ziehen soll; sie bestimmen die gesetzlichen Folgen einer Handlung, indem sie dieselbe mit einer andern als gleichbedeutend nehmen, weil beide auch sonst im wahrscheinlichen Zusammenhang stehn. Den Character von processualischen Präsumtionen haben sie nicht. —

2. Wenn nun wirklich ein Rechtssatz vorliegt, den wir nach der gewöhnlichen Terminologie als praesumtio iuris und nach der unsrigen als civilistische Präsumtion i. e. S. bezeichnen können, so darf, damit der Begriff der praesumtio iuris et de iure vorhanden sei, auch das andre characteristische Merkmal nicht fehlen: es muß der Gegenbeweis gegenüber dieser Präsumtion

ausgeschlossen sein. Aber nicht jede Unzulässigkeit, nicht jede Unmöglichkeit des Gegenbeweises stempelt die praesumtio iuris zur praesumtio iuris et de iure, es kommt gerade darauf an, wie und wodurch der Gegenbeweis ausgeschlossen ist. Ehe ich aber auf diese Frage eingehe, muß ich zunächst einige Fälle besprechen, wo dieses Haupterforderniß, Ausgeschlossensein des Gegenbeweises, fehlt und welche wegen der irrigen Annahme, daß der Gegenbeweis unzulässig sei, gewöhnlich als praesumtiones iuris et de iure aufgefaßt werden. Mit der Unrichtigkeit des Grundes fällt auch die daraus abgeleitete Folge; dazu kommt noch, daß in diesen Fällen meines Erachtens gar nicht von einer Präsumtion als einem Rechtssatz gesprochen werden kann. Diese Fälle sind enthalten in l. 23. pr. C. ad S. C. Vellei. 4. 29. und l. ult. pr. C. arb. tut. 5. 51. Die erste Stelle lautet:

— sancimus, mulierem, si intercesserit sive ab initio sive postea aliquid accipiens ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse SC^ti^ Velleiani uti auxilio, sive sine scriptis sive per scripturam sese interposuerit. Sed (Hal. Et) si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et a tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad SC^ti^ Velleiani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, tunc si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias vel res et sic subiisse obligationem, repelli eam a SC^ti^ iuvamine.

Nach dem S. C. Velleianum war die Intercession einer Frau ungiltig außer in gewissen Ausnahmefällen. Durch Justinian ist eine besondre Form für die Intercession vorgeschrieben (§. 2. der cit. l. 23.); ohne dieselbe ist die Intercession wirkungslos, auch wenn eine der Ausnahmen des Senatusconsults vorliegt; die Beobachtung der Form macht aber nicht jede Intercession giltig, sondern dazu ist außerdem noch erforderlich, daß einer der Ausnahmefälle des Senatusconsults begründet ist. Nur eine

Ausnahme giebt es nach Justinianeischem Recht, wo auch ohne Beobachtung der Form die Intercession als wirksam anerkannt wird, eine Ausnahme, welche schon das Senatusconsult cessiren machte, nämlich die, wenn die Frau einen Lohn für das Intercediren bekommen hatte. Mochte daher die Frau mit der gesetzlichen Form oder ohne dieselbe intercedirt haben, so konnte der Gläubiger in diesem speciellen Fall sich an sie halten; dazu gehörte freilich nothwendiger Weise, daß dieser Umstand, sie habe einen Lohn empfangen, vom Gläubiger bewiesen wurde. Dieser Beweis kann unzweifelhaft auch geführt bezüglich ersetzt werden durch das Geständniß der Frau im Proceß. Hat sie nun in der solennen Intercessionsurkunde selbst gesagt, daß sie etwas empfangen habe, so bedarf es eines besondern Beweises dieses Umstands nicht. Daß, aber der Gegenbeweis, sie habe in der That nichts empfangen, absolut ausgeschlossen sei, liegt in den Worten omnimodo esse credendum eam pecunias accepisse nicht, dadurch wird nur der wegen der Befürchtung einer Umgehung des Senatusconsults allerdings mögliche Zweifel, ob ein solches in der Urkunde enthaltenes Geständniß beweisend sei, beseitigt. Natürlich wird sie nicht ohne Weiteres mit der Behauptung, sie habe nichts empfangen, gehört, (non esse ei ad S. C[ti] Velleiani auxilium regressum) sondern sie muß gegenüber der beweisenden und obligirenden Wirkung des Geständnisses einen Beweis führen, wie überhaupt gegen ein derartiges Geständniß Beweis geführt werden muß; sollte sie z. E. nachweisen können, wie sie infolge eines Irrthums zu dem Glauben gekommen sei, sie habe Geld für die Intercession empfangen, so wird man ihr die Berufung auf das Senatusconsult nicht versagen können. — Es ist also in dieser Stelle weder eine besondre Präsumtion enthalten, noch ist von einem Ausgeschlossensein des Gegenbeweises die Rede.

Ganz ähnlich ist die l. ult. pr. C. arb. tut.:

— sancimus, si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid ubicunque dixerit, ad maiorem quantitatem eam reducens sive pro utilitate pupilli, sive per suam simplicitatem sive per aliam quamcunque causam, nihil veritati praeiudicare,

sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura et mensura pupillaris ostendit substantiae. Sin autem inventario publice facto res pupillares inscripserit, et ipse per huiusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiae, non esse aliud inspiciendum nisi hoc, quod inscripserit, et secundum vius eiusdem scipturae patrimonium pupilli exigi. Neque enim sic homo simplex, immo magis stultus invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur.

Wenn der Vormund einmal bei irgend einer gewöhnlichen Gelegenheit eine Aeußerung über die Höhe des Mündelvermögens gethan und dabei aus irgend einem Grund, vielleicht um dem Mündel Credit oder einen andern Vortheil zu verschaffen oder auch aus bloser Geschwätzigkeit und Uebereilung das Vermögen höher angegeben hat, als es in Wahrheit ist, so kann sich der Mündel, der vom Vormund das Vermögen zurückfordert, auf eine solche gelegentliche Aeußerung nicht stützen, sein Vermögen wird dadurch weder größer, noch ist der Beweis der Größe durch eine derartige Aeußerung geführt, es kann derselben weder eine bindende noch eine beweisende Kraft beigelegt werden. Der Pupill kann vielmehr nur das fordern, was in Wahrheit zu seinem Vermögen gehört und das muß er durch die gewöhnlichen Beweismittel beweisen. Wenn hingegen der Vormund ein öffentliches Inventar über das Mündelvermögen hat aufnehmen lassen und darin den Betrag desselben höher angiebt, als er in der That ist, so ist der dem Pupillen obliegende Beweis schon geführt durch die öffentliche Urkunde, die das Geständniß des Vormunds enthält, wie das ist gleicher Weise der Fall ist, wenn ein Erbe ein Inventar über den Nachlaß aufnehmen läßt. Diese Erklärung in einer öffentlichen Urkunde hat natürlich eine ganz andre Bedeutung, als eine blos gelegentliche Aeußerung über die Höhe des Mündelvermögens oder auch des Nachlasses. Der Vormund kann hier von dem auf Herausgabe seines Vermögens klagenden Pupillen nicht mehr verlangen, er solle ihm beweisen, wie hoch sein Vermögen gewesen, dieser

Beweis ist geführt durch das Inventar, daher: non esse aliud inspiciendum nisi hoc quod inscripserit, eines weitern Beweises bedarf es nicht, die blose Behauptung des Vormunds, es sei nicht wahr, was er im Inventar angegeben habe, kann nicht berücksichtigt werden, neque enim sic homo simplex vel immo magis stultus invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur, er kann sein nach Lage der Sache ernstliches und giltiges Geständniß nicht einfach revociren. Ist aber damit der Gegenbeweis ganz und gar ausgeschlossen? Wenn er sich nun wirklich als homo tam simplex beweist oder wenn er vielmehr darthut, wie er zu diesem Irrthum, mehr im Inventar aufnehmen zu lassen als dem Pupillen in Wahrheit gehört, gekommen ist, soll da der Pupill trotzdem das Mehr behalten bezüglich fordern können? Gewiß nicht! Die Stelle selbst enthält nach dem eben Erörterten kein Wort davon und nach allgemeinen Grundsätzen muß man das Gegentheil behaupten. Auch in l. 25. pr. h. t. 22. 3. haben wir die Motivirung gefunden: nemo ita resupinus est, ut facile pecunias suas iactet und doch hat der Zahlende das Recht, das irrthümlich gezahlte indebitum zurückzufordern, nur liegt ihm die Pflicht ob, zu beweisen. Das Geständniß in dem öffentlichen Inventar steht in dieser Beziehung der Hingabe gleich. — Also auch hier haben wir weder eine Präsumtion, noch einen Ausschluß des Gegenbeweises.

Gehen wir aber nun zu den Fällen über, wo wirklich ein als Präsumtion zu bezeichnender Rechtssatz vorliegt, ein Rechtssatz, der bestimmt, daß ein nach den gewöhnlichen Regeln des Beweises bedürftiger Umstand ohne Beweis als bewiesen angenommen werden soll, und wo der Gegenbeweis gegen den angenommenen Umstand ausgeschlossen ist. Ich sagte oben, daß nicht jede Unmöglichkeit, jedes factische Nichtsein eines Gegenbeweises die praesumtio iuris zu einer praesumtio iuris et de iure stemple; das ist so wenig der Fall, wie es falsch wäre, jedes Nichtbeweisenmüssen auf eine praesumtio iuris zurückzuführen. Damit praesumtio iuris et de iure ein technischer Begriff sei, eine feststehende Norm mit eigenthümlichen Grundsätzen, ist erforderlich, daß der Gegenbeweis ausgeschlossen sei infolge Rechtssatzes.

Der Gegenbeweis muß also vor allen Dingen von vornherein unzulässig sein, so daß, wenn der als praesumtio iuris et de iure bezeichnete Rechtssatz genannt wird, man sofort weiß, dagegen sei jeder Versuch einer Gegenbeweisführung unthunlich. Es darf nicht etwa erst vom Erfolg abhängen, ob kein Gegenbeweis im concreten Fall erbracht wird, sei es, weil der Gegner des Vermuthungshabers auf sein an sich begründetes Recht zur Gegenbeweisführung verzichtet, oder daß er die ihm dazu gesetzte Frist versäumt, oder daß er wegen des Mangels an Beweismitteln dazu nicht im Stande ist, so daß man etwa sagen könnte, die praesumtio iuris verwandle sich solchen Falls nachträglich in eine praesumtio iuris et de iure. Der Rechtssatz selbst verliert dadurch seinen Character als praesumtio iuris nicht, und es ist so wenig gerechtfertigt, diese Fälle, wo ein Gegenbeweis factisch nicht erbracht wird, als besondere praesumtiones iuris et de iure hervorzuheben, wie es ungerechtfertigt wäre, den durch gewöhnliche Beweismittel geführten Beweis mit einem besonderen Namen für den Fall zu bezeichnen, wenn von Seiten des Gegners nicht dagegen bewiesen wird. Auch wenn sich von vornherein sagen läßt, daß in den meisten Fällen und regelmäßig der Gegenbeweis gegen eine Präsumtion zu keinem Resultat führen werde, wie z. E. bei der hinsichtlich der Commorienten geltenden Präsumtion [20]), wird die Präsumtion doch nicht zu einer besondern praesumtio iuris et de iure. — Und das gilt nicht blos dann, wenn der Gegenbeweis schwierig und im concreten Fall dem Gegner unmöglich ist, sondern auch dann, wenn die Unmöglichkeit von vornherein feststeht, diese Unmöglichkeit aber die Folge physischer Gesetze ist, denn so wenig man, wenn der Beweis durch eine nach Naturgesetzen absolut nothwendige Schlußfolgerung geführt und damit selbstverständlich ein Gegenbeweis nicht denkbar ist, mit Recht von einer praesumtio iuris et de iure sprechen kann, so wenig ist diese Bezeichnung gerechtfertigt, wenn zwar eine praesumtio iuris den Beweis eines Umstandes erbringt,

[20]) Feuerlein a. a. O. §. 26. rechnet diesen Fall zu den praesumtiones iuris et de iure so gut wie den Fall des cap. 12. X. h. t. 2. 23. und der l. ult. §. 1. C. ad S. C. Maced.

der Gegenbeweis aber nach physischen Gesetzen nicht geführt werden kann und der zulässige Gegenbeweis nicht eigentlich gegen den präsumirten Umstand selbst, sondern gegen die Prämissen der Präsumtion gerichtet ist. Ich meine speciell die oft als praesumtio iuris et de iure hingestellte Präsumtion, daß der septimo und decimo mense natus als in der Ehe erzeugt angenommen werden soll. Die Thatsache der Erzeugung durch einen bestimmten Mann zu beweisen, ist physisch unmöglich; die Präsumtion hilft dieser Unmöglichkeit ab; der Gegenbeweis, das Kind sei nicht vom Ehemann, sondern von einem Andern erzeugt, ist — wenn er überhaupt unmöglich ist, also abgesehen von dem Fall einer absentia oder infirmitas des Ehemanns — unmöglich aus demselben physischen Grund, der zur Aufstellung der Präsumtion geführt hat; wollte der Gegner beweisen, das Kind sei von einer solchen Beschaffenheit, daß es länger als sechs und kürzer als zehn Monate getragen sein müsse, so würde das ein Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Vermuthungssatzes selbst sein und der ist nicht nur hier, sondern bei allen Präsumtionen unzulässig; wollte er beweisen, das Kind sei früher als sechs Monate nach Eingehung und später als zehn Monat nach Endigung der Ehe geboren, so ist dieser Beweis statthaft, und wenn wir diesen Beweis als Principalbeweis betrachten, so ist ihm gegenüber der Gegenbeweis, das Kind sei doch vom Ehemann erzeugt, allerdings ausgeschlossen, aber es ist doch wieder nicht eine besondere praesumtio iuris et de iure, das früher oder später geborene Kind sei ein uneheliches, sondern es liegt nun wieder die physische Unmöglichkeit vor, zu beweisen, daß das Kind von einem bestimmten Mann erzeugt sei, da die diese Unmöglichkeit beseitigende Präsumtion zu ihrer Voraussetzung eben das Geborenwerden im sechsten bezüglich zehnten Monat hat. — Auch den sogenannten unvordenklichen Besitz kann man nicht als praesumtio iuris et de iure auffassen. Der Grundsatz des römischen Rechts, wie er durch das canonische Recht und die Praxis weiter ausgebildet ist, geht dahin, daß wenn ein Zustand unvordenkliche Zeit gedauert hat, dieser Zustand als rechtlich entstanden angenommen werden soll, iure constituti loco habetur (l. 3. §. 4. de aqua quot.

43. 20.). Es ist dies also eine Ereignißpräsumtion, nicht eigentlich von Haus aus eine Verjährung, obgleich wir durch diese Bestimmung im Resultat eine Ergänzung der ordentlichen Verjährung haben. Unvordenklich ist aber der Zustand, cuius origo memoriam excessit, also ist die Voraussetzung für die Unvordenklichkeit, daß Niemand da ist, der aus eigener Anschauung Auskunft über den Ursprung dieses Zustands geben kann, und Niemand, der von den Früherlebenden eine Auskunft darüber erhalten hat. Wäre dies bewiesen, so könnte dagegen selbstverständlich ein selbständiger Gegenbeweis nicht geführt werden, das wäre kein Gegenbeweis gegen die Vermuthung, der Zustand sei rechtmäßig erworben, sondern gegen den Begriff der Unvordenklichkeit, gegen die Behauptung, es sei Niemand da, der einen andern Zustand gekannt oder von Andern von dem Bestehn eines andern Zustands gehört habe, also ein Gegenbeweis gegen die Prämissen, durch welchen eben der Begriff der Unvordenklichkeit aufgehoben würde. Nun braucht aber von Seiten des Probanten nicht der ganz unmögliche Beweis der Unvordenklichkeit erbracht zu werden, sondern es genügt, wenn bewiesen wird positiv, daß der fragliche Zustand in der gegenwärtigen Generation bestanden (z. E. durch zwei Zeugen) und negativ, daß aus der vorhergehenden Generation nichts Gegentheiliges bekannt ist (durch dieselben Zeugen); dieser Beweis der Prämissen kann nun zunächst entkräftet werden durch den directen Gegenbeweis, es seien Leute vorhanden, die selbst einen andern Zustand gekannt oder von einem solchen aus der vorhergehenden Generation Kunde haben, und dann fehlt eben von Seiten des Klägers der Beweis, den er zu erbringen hat; es kann aber auch gegenüber dem klägerischen nicht entkräfteten Beweis das unrechtmäßige Entstandensein gerade dieses für die letzten zwei Menschenalter bewiesenen Zustands dargethan werden und dann fehlt die Voraussetzung des memoriam excedere, denn wenn auch die Unvordenkichkeit in dem weiten Sinn und Umfang nicht vom Kläger bewiesen zu werden braucht, so ist doch die Voraussetzung, daß sich das Gegentheil nicht durch die Beweisführung des Beklagten ergiebt. Ist die Beweisführung geschlossen und hat sich als ihr Resultat der Begriff der Unvordenklichkeit ergeben, dann gilt der Zustand als

ein rechtmäßiger und dagegen ist dann natürlich kein Gegenbeweis zuläſſig. Das ist aber keine praesumtio iuris et de iure; denn „hier von praesumtio iuris et de iure zu sprechen ist nicht passender als wenn man das Resultat einer jeden abgeschlossenen Beweisführung auf eine solche Präsumtion zurückführen wollte, oder vielmehr den Inhalt des sich darauf gründenden rechtlichen Urtheils, welches jenes Resultat definitiv ausspreche; es ist contradictio in adiecto, wenn man sagt, durch unvordenkliche Zeit werde eine Vermuthung begründet, gegen diese Vermuthung sei aber Gegenbeweis zuläſſig, denn zur Vollendung der unvordenklichen Zeit wird vorausgesetzt, daß Gegenbeweis nicht mehr geführt werden könne [21]." —

Nur dann wäre man berechtigt, von besondern praesumtiones iuris et de iure zu reden, wenn der Rechtssatz, der einen Umstand ohne Beweis anzunehmen vorschreibt, zugleich bestimmte, daß hiergegen ein Beweis unzuläſſig sei, also bei einem Ausschluß des Gegenbeweises durch Rechtssatz. An sich liegt nach unsern obigen Erörterungen im Begriff der Präsumtion die Zuläſſigkeit des Gegenbeweises, er müßte also ausdrücklich durch rechtliche Vorschrift ausgeschlossen sein; es müßte z. E. gesagt sein: wenn der Schuldschein zerrissen ist, wird ohne Beweis angenommen, die Forderung sei getilgt, und der Beweis, daß die Forderung noch bestehe, wird nicht zugelassen. Solche Rechtssätze giebt es aber nicht. Und wenn es solche gäbe, so würden sie geradezu den Character als processualische Präsumtionen verlieren und zu materiellrechtlichen Normen werden, sie würden nicht mehr den Beweis eines eigentlich zu beweisenden Umstands ersetzen, sondern sie würden ohne alle Rücksicht auf Wahrheit oder Unwahrheit des angenommenen Umstands den Eintritt einer materiellrechtlichen Folge aussprechen, wie z. E. in dem eben angeführten Fall das Zerreißen des Schuldscheins zu den speciellen Tilgungsgründen der Obligationen gehören würde. —

Mag man also auch in manchen der verworfenen Fälle in einem vulgären Sinn von praesumtio iuris et de iure sprechen,

---

[21]) Cfr. Arndts Beitr. I. pg. 126. ff.

so ist das doch nicht ein technischer Begriff, mit dem besondere Grundsätze verbunden wären. Entweder sind die Fälle, wo wirklich Gegenbeweis ausgeschlossen ist, Rechtssätze materieller Natur, für deren Aufstellung eine Vermuthung das Motiv gewesen ist: hier ist der Gegenbeweis darum nicht zulässig, weil sie dem ius cogens angehören; oder es sind Fälle, wo der Beweis, sei es auf Grund physischer oder logischer Nothwendigkeit, so geführt ist, daß deßhalb von einem Gegenbeweis nicht die Rede sein kann. Am ehesten würde der Name noch passen auf die Fälle, wo „ein Gesetz nicht die Wahrheit einer Thatsache an sich, sondern die rechtlichen Folgen einer andern gewissen Thatsache bestimmt, in der Weise, daß die gewisse Thatsache dieselben rechtlichen Folgen nach sich zieht, wie eine andre, welche auch sonst mit der gewissen in einem wahrscheinlichen Zusammenhang steht.“ Aber etwas Characteristisches und Gemeinsames haben diese Fälle nicht und irgend ein Gewinn aus dieser Terminologie ist nicht ersichtlich. Am besten giebt man daher den Begriff ganz auf, denn die Gefahr, das Verhältniß umzukehren und statt zu sagen „Gegenbeweis ist unzulässig, darum ist Etwas eine praesumtio iuris et de iure“ zu argumentiren mit einer petitio principii „Etwas ist eine praesumtio iuris et de iure, darum ist der Gegenbeweis unzulässig“ ist gegenüber dem Vortheil, für derartige sporadische Fälle einen gemeinsamen Namen zu haben, zu groß.

Druck von E. Bartholomäus in Erfurt.